Unmöglichkeit und Gefahr beim Werkvertrage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

GÜNTHER DINSE
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt

1937

Franz Linke, Buchdruckerei, Berlin NW 6, Marienstr. 13.

Meinem lieben Vater in Dankbarkeit gewidmet.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

A. Die Gefahr. ... 9

I. Allgemeine Begriffsbestimmung. ... 9

1) Möglichkeit des Schadeneintrittes. ... 9

2) Schadenstragung bei zufälliger Vernichtung des Leistungsgegenstandes. ... 9

II. Die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen. ... 10

1) Die Gefahr im nichttechnischen Sinne. ... 10

2) Die Gefahr im technischen Sinne. Es haben zu tragen.

a) der Leistungsgläubiger die Leistungsgefahr. ... 11

b) Der Leistungsschuldner die Vergütungsgefahr. ... 11

c) Gründe für das Ausscheiden der Leistungsgefahr zugunsten der Vergütungsgefahr. ... 11

B. Die Gefahr im technischen und nichttechnischen Sinne beim Werkvertrag. ... 12

I. Gefahr im technischen Sinne. ... 12

1) Beispielhafte Aufzeichnung der Abhängigkeit von Gefahr und Unmöglichkeit beim Werkvertrage. ... 13

2) Zusammenfassung der vorerwähnten Möglichkeiten unter bestimmten Gesichtspunkten ... 13

II. Gefahr im nichttechnischen Sinne beim Werkvertrage. ... 14

III. Einteilung sämtlicher beim Werkvertrag denkbaren Gefahren im technischen und nichttechnischen Sinne. ... 15

C. Die rechtliche Behandlung der Gefahrtragung in den Werkvertragsvorschriften. ... 15

I. Die grundsätzliche Regelung des § 644 I 1 BGB. ... 15

1) Die Abnahme des Werkes. ... 16

2) Nichtabnahmefähige Leistungsgegenstände. ... 18

II. Die Ausnahmen von der grundsätzlichen Gefahrtragung. ...

1) § 644 I 2 BGB. ... 20

a) Der Annahmeverzug nach Fertigstellung des Werkes. ... 20

b) Der Annahmeverzug vor Fertigstellung des Werkes. ... 21

c) Die Grenze zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. ... 23

Wird die dem Besteller obliegende Mitwirkungshandlung objektiv unmöglich, so soll vorliegen

α) Unmöglichkeit der Leistung. ... 23

β) Annahmeverzug. ... 24

γ) Stellungnahme des Verfassers zu diesem Rechtsstreit zugunsten der Unmöglichkeit der Leistung. ... 26

2) § 644 II BGB. ... 27

3) § 645 BGB. ... 28

a) Die Voraussetzungen der Vorschrift. ... 29

b) Die Höhe des Vergütungsanspruches. ... 30

c) Verschulden des Unternehmers. ... 31

α) Der Besteller muß auf das sachliche Können des Unternehmers vertrauen dürfen. ... 31

β) Der Unternehmer ist regelmäßig verpflichtet, eine Prüfung des Stoffes bzw. der Anweisung vorzunehmen. ... 32

D. Das Verhältnis der besonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Werkvertrage zu den allgemeinen Vorschriften der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen. 33

1. Die §§ 644 ff. BGB gelten sowohl für die Gefahr im nichttechnischen wie auch für die im technischen Sinne. 33

2) Das Verhältnis des § 644 BGB zu den Unmöglichkeitsvorschriften. 35

a) Bei vollständiger Vernichtung. 35

b) Bei nur teilweiser Vernichtung. 38

α) Ausscheiden der Fälle des § 641 I 2 BGB. 38

β) Die teilweise Unmöglichkeit widerspricht grundsätzlich dem Wesen des Werkvertrages. 38
Ausnahmen zugunsten der Fälle, wo der übrigbleibende Teil für den Besteller von Wert ist. 40

c) Die besondere Bedeutung des § 644 I 1 BGB für die Gefahr im nichttechnischen Sinne. 41

E. Die Pflicht und das Recht des Unternehmers auf Wiederherstellung nach dem zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes. 42

1) Die Ansichten der Rechtslehre. 42

a) Keine Wiederherstellungspflicht. 42
RGR-Kommentar. 42
Vogels. 43

b) Bedingte Wiederherstellungspflicht. 43
Planck und Staudinger. 43
Riezler. 43
Wüstendörfer. 43
Kottmeier. 45

c) Grundsätzliche Wiederherstellungspflicht. 46
Oertmann. 46
Enneccerus-Lehmann. 46
Korintenberg. 46
Dochnahl. 47

2) Stellungnahme zu den vorerwähnten Lehrmeinungen. 47

a) Ausscheiden der Fälle, in denen eine Wiederherstellung ausdrücklich vereinbart ist. 47

b) Die Wiederherstellungspflicht hängt allein davon ab, ob im Augenblick des Unterganges des ersten Werkes noch eine Gattungsschuld vorliegt. 47
Die Konzentration des Schuldverhältnisses auf eine Spezialschuld vollzieht sich

α) bei den Werklieferungsverträgen im Augenblick des Erfüllungsangebotes. 48

β) bei den eigentlichen Werkverträgen im Augenblick des Vertragsabschlusses. 51

c) Die obige Lösung ist mit Treu und Glauben zu vereinbaren, insbesondere braucht hier die Ueberobligationsmäßigkeit nicht besonders hervorgehoben zu werden 54

d) Die voraussichtliche Stellungnahme der Rechtslehre zu der hier vorgeschlagenen Lösung. 57

α) Die Schriftsteller der zweiten Gruppe. 57

β) Die Schriftsteller der dritten Gruppe. 58

Verzeichnis der benutzten Schriften

Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht. Archziv-Prax. 109, 321 ff.

derselbe: Beiträge zum Rechte der Gewährleistung. ZHR 75, 452 ff.

derselbe: Grundsätze der Unmöglichkeitslehre im Kriege. DJZ 1918, 534.

Berndorff, Die Gattungsschuld.

Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. Gruch. 54, 493 ff.

Brandis, Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht und nach BGB. 1898.

Brecht, System der Vertragshaftung. JherJ. 53, 213 ff.

Casper, Beschlagnahme und Gefahrtragung beim Versendungskauf. JW 1925, 590.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. 1902.

derselbe: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

derselbe: Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Krieg. ArchzivPrax. 115, 1 ff.

Dernburg-Raape, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. 2, 4. Aufl. 1915.

Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Recht und dem BGB. JherJ. 48, 241 ff.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. I. 1./2. Aufl. 1913.

Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung. ArchbürgR 37, 390 ff.

Emmerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1902.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. 10. Bearbtg. 1928. I, 2. 12. Bearbtg. 1932.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 9. Aufl. 1903.

Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. In Rostocker Festschr. 1904.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Hedemann, Schuldrecht. 1931. 2. Aufl.

derselbe: in JW 1920, S. 1032.

Hellmann, in KritVierteljSchr. 44, 126.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

derselbe: Kritische VierteljSchr. 44, 506, ff. Besprechung von Titzes Unmöglichkeit der Leistung.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.

derselbe: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. JherJ. 43, 105 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II, 1 1906.

derselbe: Gläubigerverzug. ArchbürgR 13, 200 ff.

Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage. 1935.

Koffka, Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen mangels Beleuchtung pp. die Arbeit nicht möglich ist, den Lohn zu zahlen? DJZ 20, 645.

Kottmeier, Die Neuherstellungspflicht des Unternehmers im Seeschiffsbauvertrag. HansRZ 1924, Sp. 401 ff.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. ArchzivPrax. 101, S. 1 ff.

derselbe: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. LZ 1926, Seite 9.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Teils des Schuldrechts. 1929.

derselbe: Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. 1934.

Lehmann, Die Bedeutung des Begriffs Abnahme nach dem BGB und dem HGB. DJZ 1902, S. 491 ff.

Martius, Bergführervertrag. 1906.

Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrag. 1906.

Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Bd. II. 1888.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Archziv-Prax. 106, 309 ff.

Nikisch, Die Grundform des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. 1926.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach BGB. 1905.

Oertmann, Bürgerliches Recht. II, 1 5. Aufl. 1928. II, 2 5. Aufl. 1929. Dazu Aufl. von 1899.

derselbe: Der Zufall bei der Werkverdingung. GrünhutsZtschr. 24, S. 1 ff.

derselbe: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. ArchzivPrax. 116, S. 11 ff.

derselbe: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz. 1901.

derselbe: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. LZ 1927, Sp. 1177.

Peill, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag. 1906.

Planck, Komm. zum BGB. II, 1 4. Aufl. 1914. II, 2 4. Aufl. 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. II. 1898.

Reichsgerichtsräte, Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. II, 2. Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. 1934.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB für das Deutsche Reich. 1900.

Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. 1905.

derselbe: in KritVierteljSchr. 45, 189 ff.

Siber, Grundriß. 1931.

derselbe: Rechtszwang.

derselbe: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. JherJ 70, 282 ff.

derselbe: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. JherJ 50, 235 ff.

derselbe: Die stillschweigende Kriegsklausel. Gruch 60, 458 ff.

Schäfer, Gefahrtragung und Gefahrübergang im BGB. 1932.

Schmidt, Paul, Worin weichen die Regeln des BGB über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? 1902.

Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht. 1927.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. Gruch. 46, 1 ff.

derselbe: Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Gruch. 45, 511 ff.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB für das Deutsche Reich. 1892.

Schneider, Versicherung von Baumaterialien. LZ 1907, 733 ff.

Staudinger, Komm. zum BGB. II, 2 9. Aufl. 1928. II, 3 9. Aufl. 1929.

Stern, Die Gefahrtragung. 1910.

Striebinger, Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag. 1906.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutsch. bürgerl. Recht. 1900.

derselbe: Bürgerliches Recht (Recht der Schuldverhältnisse). 2. Aufl. 1926.

derselbe: in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. II S. 744 ff.

derselbe: Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis. JW 1922, 548.

Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage. Gruch 59, 434 ff.

Vogels, in DJZ 15, 1083. (Krieg und Werkvertrag).

Warneyer, Komm. zum BGB. II. 1930 2. Aufl.

Wüstendörfer, Das Problem der hinkenden Speziesschuld. ZHRuK (Goldschmidt) Bd. 18 S. 241 ff.

derselbe: Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues. HansRZ 1917, Sp. 105—116; 1918. Sp. 176—182 1918; Sp. 332—343 u. s. f.

Archiv für die zivilistische Praxis = ArchzivPrax.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand = Recht.

Deutsche Juristenzeitung = DJZ.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = Gruch.

Juristische Wochenschrift = JW.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht = LZ.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts = OLG.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten = SeuffA.

Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts = WarnRspr.

Hanseatische Rechtszeitschrift = HansRZ.

Bayerische Rechtspflegezeitung = BayrRpflZ.

Schleswig-Holsteinische Zeitschrift = SchlesHolstZ.

Die Fülle der jüdischen Literatur scheidet aus. Vgl. hierzu Verzeichnis juristischer und nationalökonomischer Schriften jüdischer Autoren.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548112_0099

A. Die Gefahr.

I. Das geltende Recht enthält keine Bestimmung, aus der eine eindeutige Klärung des Gefahrbegriffes entnommen werden kann. Es ist daher erforderlich, alle gesetzlichen Vorschriften, in denen dieser Ausdruck verwendet wird, zusammenzustellen und aus diesen dann die charakteristischen Merkmale der „Gefahr" zu entnehmen. Hierbei läßt sich eine zweifache Bedeutung dieses Wortes ermitteln:

1. Anknüpfend an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens soll mit „Gefahr" zunächst ein Zustand gekennzeichnet werden, bei dem nach der menschlichen Erfahrung die Möglichkeit naheliegt, daß ein Rechtsgut durch ein meist außergewöhnliches Geschehen oder auch durch die Handlung eines Menschen in seinem jetzigen Bestande bedroht wird, sich also „in Gefahr befindet". Nur in diesem Sinne ist der Gefahrbegriff in den §§ 228, 230, 254, 680, 904 und 908 BGB auszulegen.[1])

2. Außerdem spricht der Gesetzgeber immer dann von „Gefahr", wenn ein solches drohendes Ereignis tatsächlich eingetreten ist und durch Zerstörung oder Beschädigung eines Rechtsgutes Schaden angerichtet hat. Hierbei erhebt sich alsbald die Frage, wer denn nun die nachteiligen Folgen des Geschehens auf sich nehmen muß, d. h. also, wer die „Gefahr zu tragen" hat.

Naturgemäß müssen in diesem Zusammenhang alle die Fälle außer Betracht bleiben, in denen die Beschädigung des Rechtsgutes auf ein schuldhaftes Verhalten eines Menschen zurückzuführen ist, da dieser ja regelmäßig insoweit für den angerichteten Schaden aufkommen muß (§ 276 I 1 BGB).[2])

Aus diesem Grunde beschränkt sich der vorerwähnte Gefahrbegriff auf eine solche Beschädigung von Rechtsgütern, bei denen niemand für den Schadenseintritt verantwortlich zu machen ist, die also auf einen sogen. Zufall zurückzuführen sind. Allein diese letzte Wortauslegung hat der Gesetzgeber im Auge, wenn er diesen Begriff in den §§ 379 II bei der Hinterlegung, 446 f. beim Kauf, 588 I 1 bei der Pacht, 644 beim Werkvertrag, 811 II bei der Vorlegung von Sachen und 2380 S. 1 BGB beim Erbschaftskauf verwendet.

---

1) Vergl. dazu auch §§ 54, 176, 177, 249 und 254 StGB.

2) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die §§ 829, 833, 836 f. BGB, § 1 HPflG, § 7 KFG und § 19 LuftVerkGes.

II. Nunmehr bleibt noch die weitere Frage zu klären, was denn diese „Gefahrtragung" gerade in Bezug auf Leistung und Gegenleistung bei den gegenseitigen Schuldverhältnissen bedeutet. Zu ihrer Beantwortung ist erforderlich, von den Auswirkungen eines solchen zufälligen Geschehens auf die schuldnerische Leistungsverpflichtung auszugehen.

Wird durch das schadenbringende Ereignis der für die Erfüllung des Vertrages in Aussicht genommene Leistungsgegenstand vernichtet, so sind folgende Möglichkeiten denkbar:

1. Der Schuldner bleibt trotz des Unterganges jenes Rechtsgutes weiter imstande, den Vertrag ordnungsmäßig zu erfüllen, indem er an Stelle des untergegangenen einen neuen gleichwertigen Gegenstand leistet.

2. Der Schuldner wird durch den Schadensfall außerstande gesetzt, seiner vertraglichen Verpflichtung nachzukommen, da ihm die Erbringung eines neuen Leistungsgegenstandes unmöglich ist.

Zu 1: Ist das erste der Fall, dann kann von einer Beeinträchtigung des Schuldverhältnisses selbst keine Rede sein, da hier ja der Gläubiger alles das erhält, was er auf Grund der vertraglichen Abmachungen vom Schuldner zu beanspruchen hat. Bei dieser Sachlage bleibt daher nur die Frage zu klären, wer den durch den Untergang des bisherigen Leistungsgegenstandes entstandenen Schaden mit seinem Vermögen zu tragen hat. Der vorerwähnten Begriffsauslegung der „Gefahr" entsprechend ist auch dies ein Fall der Gefahrtragung. Mit Rücksicht darauf aber, daß das Schuldverhältnis selbst in keiner Weise in Mitleidenschaft gezogen wird, spricht man hier herkömmlicherweise von keiner „eigentlichen Gefahr", bezeichnet dies vielmehr als eine besondere Art der Sachgefahr.[3]) Zur Vermeidung von Unklarheiten wollen wir sie im folgenden als „Gefahr im nichttechnischen Sinne" ansprechen.

Der Gesetzgeber hat sich im Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse mit dieser besonderen Art der Gefahr vornehmlich bei den Gattungsschulden auseinandergesetzt.[4]) Die in diesem Zusammenhang heranzuziehende Vorschrift ist der § 279 BGB, in dem es heißt:

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

3) Vgl. z. B. Schäfer, Gefahrtragung und Gefahrübergang im BGB, S. 3; Stern, Die Gefahrtragung, S. 12.

4) Vgl. aber auch §§ 262 ff. BGB, insbes. § 265 BGB.

Diese Bestimmung bestätigt das vorerwähnte Ergebnis, da hier ja der Schuldner regelmäßig verpflichtet bleibt, eine neue gleichwertige Leistung zu erbringen. Für den bisherigen Leistungsgegenstand selbst kann er aber infolge Fehlens einer Ausgleichsverpflichtung auf seiten des Gläubigers keinerlei Ersatz verlangen. Er muß somit diesen zufälligen Schaden allein tragen.

a) Zu 2.: Demgegenüber stehen die Fälle, in denen der Schuldner durch die Vernichtung des Leistungsgegenstandes außerstandegesetzt wird, seinerseits vereinbarungsgemäß zu erfüllen. Da ihm die Erbringung der Leistung infolge des Zufalles — also eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes — unmöglich wird, greift hier § 275 I BGB ein, wonach eine Befreiung des Schuldners von der ihm obliegenden Leistungsverpflichtung eintritt, was andererseits zur Folge hat, daß der Gläubiger als Leistungsempfänger seinen Anspruch auf Erfüllung der Verbindlichkeit verliert.[5]) Diesen vermögensrechtlichen Nachteil bezeichnet man als „Leistungsgefahr".

b) Weiterhin ist zu prüfen, ob denn nun der Leistungsschuldner ungeachtet seiner eigenen Befreiung noch berechtigt bleibt, von seinem Vertragsgegner die Erfüllung der Verbindlichkeit zu verlangen. § 323 I BGB gibt den hierfür erforderlichen Aufschluß, wenn gesagt ist:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung . . . ."

Für die hier angeschnittene Frage bedeutet diese Vorschrift, daß der nach § 275 BGB von seiner eigenen Verbindlichkeit befreite Leistungsschuldner auch seinerseits keine Ansprüche mehr auf Zahlung der vereinbarten Gegenleistung geltend machen kann. Den Verlust dieses Vergütungsanspruches nennt man „Entgelts-", „Preis-" oder auch „Vergütungsgefahr"[6]).

c) Zusammenfassend kommen wir somit zu dem Ergebnis, daß bei einer zufälligen Vernichtung des Leistungsgegenstandes — der nicht Gattungssache im Sinne des § 279 BGB ist — beide Parteien von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit werden, das Schuldverhältnis demnach selbst in Mitleidenschaft gezogen wird. Die hierbei entstandenen vermögensrechtlichen Nachteile sind so zwischen den Parteien verteilt, daß der Leistungsschuldner die Vergütungsgefahr zu tragen hat, während der Leistungsgläubiger mit der Leistungsgefahr belastet wird.

---

5) Eine Ausnahme hiervon macht § 287 S. 2 BGB.

6) Vgl. insbesondere hierzu Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 235; Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch II, 12. Bearbtg. 1932, S. 545.

Die herrschende Lehre läßt hier nun den Verlust des Gläubigeranspruches auf Erfüllung der Verbindlichkeit vollständig außer Betracht und kommt damit zu dem Ergebnis, daß in den vorgenannten Fällen der Leistungsschuldner allein mit der Gefahr belastet wird. Hiergegen wendet sich Schäfer[8]), wenn er schreibt: „Bei gegenseitigen Verträgen kann nicht dem Schuldner allein die Gefahr aufgebürdet werden. Beide Vertragsteile müssen sich vielmehr hier in der Gefahrtragung teilen, da ja jeder seinen Anspruch verliert und von seiner Leistungspflicht frei wird."

Diese Ausführungen von Schäfer sind mißverständlich. Vor allem wird in ihnen nicht klar genug zum Ausdruck gebracht, daß dem Leistungsempfänger durch den Verlust des Erfüllungsanspruches regelmäßig kein besonderer Vermögensschaden entsteht. Daneben ist noch zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber bei den gegenseitigen Verträgen, in denen von Gefahrtragung die Rede ist[9]), immer nur von „der" Gefahr spricht, worunter — dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend — lediglich eine einzige zu verstehen ist. Hierbei kann nicht bezweifelt werden, daß in diesen Fällen allein die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistung geklärt werden soll, so daß der Gesetzgeber an Stelle des Begriffes „Gefahr" auch den der „Vergütungsgefahr" hätte setzen können. Aus diesen Erwägungen heraus erscheint es durchaus zweckmäßig, die Leistungsgefahr in diesem Zusammenhang vollständig zu übergehen und entgegen der Ansicht von Schäfer den Blick allein auf die wirtschaftlich bedeutungsvolle Vergütungsgefahr zu lenken. Somit kommen auch wir zu dem Ergebnis, daß bei den gegenseitigen Verträgen unter „Gefahr im technischen Sinne" lediglich die Gefahr des „Vergütungsanspruchsverlustes" zu verstehen ist.

B. Die Einteilung der Gefahr im technischen und im nichttechnischen Sinne beim Werkvertrage.

I. Wie wir bei der Bestimmung der Gefahr im technischen Sinne erkannt haben, stehen die durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung und diese Art der Gefahr in einem festen Abhängigkeitsverhältnis.

7) Staudinger, Komm. zum BGB II 3 S. 476; Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900 S. 101, 114 f.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, S. 44; RGRK S. 549; vgl. aber auch Peill, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag, S. 21.

8) S. 14 f.

9) Vgl. hierzu die §§ 446 f., 644, 2380 S. 1 BGB.

Die §§ 379 II, 588 I, 811 II BGB müssen hier außer Betracht bleiben, da es sich ja in diesen Fällen lediglich darum handelt, daß eine Partei auch ohne Verschulden für Verlust bzw. Beschädigung eines Gegenstandes einstehen muß.

1. Im folgenden soll an Hand eines Beispiels gezeigt werden, auf welche verschiedene Weise der Schuldner gerade beim Werkvertrage durch ein zufälliges Ereignis außerstande gesetzt werden kann, seiner vertraglichen Verpflichtung auf Erbringung des versprochenen Werkes nachzukommen:

A schließt mit dem Porträtmaler B einen Werkvertrag dahingehend ab, daß B auf einem von A zu liefernden Stoff die Kinder des A porträtieren soll. Das Gemälde, für das eine bestimmte Vergütung vereinbart ist, soll spätestens am Geburtstage der Ehefrau des A fertiggestellt sein.

a) Zunächst ist es denkbar, daß A der ihm obliegenden Verpflichtung auf Lieferung des vereinbarten Stoffes nicht nachkommen kann, weil dieser durch Zufall — etwa eine Feuersbrunst — zerstört wird. Bei dieser Sachlage ist es dem B nicht möglich, überhaupt erst mit der Arbeit anzufangen.

b) Hat nun A den Stoff bereits übergeben, so kann der plötzliche Tod eines der zu malenden Kinder den B gleichfalls außerstande setzen, seine Werkleistung auszuführen.

c) Ferner kann auch B selbst, bevor er die Arbeit in Angriff nimmt, sterben, so daß seine Leistung mit Rücksicht auf die Höchstpersönlichkeit derselben unmöglich wird.

d) Weiterhin ist es vorstellbar, daß B mit dem Malen bereits begonnen hat, nunmehr aber durch ein zufälliges Geschehen ein Schadenfeuer ausbricht und die bisherige Arbeit vernichtet oder doch so beschädigt, daß eine vertragsgemäße Leistung hiermit nicht mehr möglich ist.

e) Nach teilweiser Vollendung des verabredeten Werkes stirbt eins der noch zu malenden Kinder. Hierdurch wird B wiederum außerstande gesetzt, vereinbarungsgemäß zu erfüllen.

f) Noch während seiner Arbeit stirbt B. Im Hinblick auf die Art der versprochenen Leistung kann kein anderer das Werk fertigstellen.

g) Schließlich ist es noch denkbar, daß nach der Fertigstellung, aber vor Abnahme des Bildes in dem Atelier des B durch Zufall ein Feuer ausbricht und das bereits vollende Werk vernichtet, wodurch wiederum die vertragsgemäße Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung ausgeschlossen wird.

2. Die vorgenannten Fälle lassen sich unter bestimmte Gesichtspunkte zusammenfassen. Zunächst fallen drei Gruppen der Auswirkung eines solchen Geschehens besonders ins Auge:

a) Der Unternehmer wird von vornherein außerstande gesetzt, seine Arbeit in Angriff zu nehmen (Fall a—c des Beispiels).

β) Nach Beginn der Herstellung, aber vor seiner endgültigen Fertigstellung tritt das schadenbringende Ereignis ein. Es kann dabei

1. auf den Leistungsgegenstand selbst einwirken, indem es das teilweise vollendete Werk entweder vollständig vernichtet oder so beschädigt, daß eine vertragsgemäße Erfüllung hiermit nicht möglich ist (Fall d des Beispiels).
2. lediglich bewirken, daß es dem Unternehmer unmöglich wird, das vereinbarte Werk zu vollenden, wobei aber der in Arbeit befindliche Leistungsgegenstand selbst durch das schädigende Ereignis überhaupt nicht in Mitleidenschaft gezogen wird (Fall e und f des Beispiels).

γ) Das bereits vollendete Werk geht durch Zufall unter oder wird so beschädigt, daß hiermit eine vertragsgemäße Erfüllung ausgeschlossen ist (Fall g des Beispiels).

Das Gemeinsame von α und β 2 der vorstehenden Einteilung besteht darin, daß eine Einwirkung auf den Leistungsgegenstand selbst nicht erfolgt, während eine solche bei β 1 und γ stets vorliegt. Aus diesem Grunde kann man auch folgendermaßen gliedern:

a) Der Unternehmer wird vor oder nach Arbeitsbeginn außerstande gesetzt, das Werk vereinbarungsgemäß herzustellen bzw. zu vollenden. Der Leistungsgegenstand selbst wird durch das Geschehen nicht betroffen. (Fall a—c, e, f des Beispiels).

b) Das ganz oder teilweise vollendete Werk wird durch den Zufall unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen, indem es beschädigt oder vollständig vernichtet wird, wobei aber eine Ausbesserung bzw. Neuherstellung unmöglich ist (Fall d und g des Beispiels).

II.

Unserm Beispiel entsprechend sind wir bei den bisherigen Erörterungen davon ausgegangen, daß durch Eintritt des zufälligen Ereignisses eine Unmöglichkeit der Leistung zur Entstehung gelangt. Jedoch sind nun gerade beim Werkvertrage bzw. Werklieferungsvertrage Fälle denkbar, in denen der Leistungsschuldner trotz der Vernichtung bzw. Beschädigung des ursprünglichen Leistungsgegenstandes weiterhin imstande bleibt, seiner Vertragsverpflichtung durch Ausbesserung des bisherigen bzw. Neuherstellung eines gleichwertigen Werkes nachzukommen. Man denke hier z. B. an einen Vertrag, in dem sich ein Apotheker verpflichtet, eine Medizin in seinem Laboratorium anzufertigen. Wird hier die bereits hergestellte Arznei durch Zufall vernichtet, — die Medizinflasche zerbricht —, so ist der Apotheker jederzeit imstande, dem Rezept entsprechend eine neue Arznei herzustellen. Ob und inwieweit er hierzu verpflich-

tet ist, wird an späterer Stelle erläutert werden. In diesem Zusammenhang genügt die Feststellung, daß bei einer derartigen Ersatzherstellung das Schuldverhältnis als solches nicht in Mitleidenschaft gezogen wird. Wir haben es also mit der bereits früher erwähnten „Gefahr im nichttechnischen Sinne" zu tun.

III.

Nunmehr kann eine Einteilung sämtlicher überhaupt nur denkbaren Auswirkungen eines zufälligen Geschehens beim Werkvertrage unter folgenden Gesichtspunkten getroffen werden:

a) Die Herstellung des Werkes wird unmöglich.
   1. Der Unternehmer wird vor oder nach Arbeitsbeginn außerstandegesetzt, das Werk vereinbarungsgemäß herzustellen bzw. zu vollenden, wobei aber der Leistungsgegenstand selbst durch das schädigende Ereignis nicht betroffen wird.
   2. Das ganz oder teilweise vollendete Werk wird durch Zufall vernichtet, eine Neuherstellung ist aber unmöglich.

b) Das ganz oder teilweise hergestellte Werk wird gleichfalls beschädigt oder vernichtet, jedoch ist der Unternehmer jederzeit in der Lage, die vereinbarte Leistung durch Ausbesserung des ursprünglichen bzw. Neuherstellung eines gleichwertigen Werkes zu erbringen.

Bei dieser letzten Einteilung tritt rein äußerlich eine Trennung der Gefahr im technischen von der im nichttechnischen Sinne ein. Wir werden sie daher den weiteren Erörterungen zugrunde legen.[1])

C. Die rechtliche Behandlung der Gefahrtragung in den Werkvertragsvorschriften.

I.

Die grundsätzliche Vorschrift, aus der zu entnehmen ist, „ob der Unternehmer oder der Besteller die Gefahr zu tragen hat, wenn das Werk vor dessen Vollendung oder zwar nach der Vollendung aber vor erfolgter Abnahme zufällig, d. h. ohne daß einer der Vertragsteile selbst das Ereignis nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hätte, untergegangen oder verschlechtert worden ist"[1]), ist in § 644 I 1 BGB enthalten. Dort heißt es: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes."

---

1) Eine ähnliche Eingliederung trifft auch Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, S. 138 ff.; vgl. dazu auch Schäfer, S. 36; Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage . . . in JherJ. 48, 244; Oertmann, Komm. S. 993; gegen die beiden letzten Stern, S. 110, dessen Argumente aber nicht durchgreifen.

1) Vgl. Motive II, S. 597.

Eine Ergänzung dieser Bestimmung ist durch § 646 BGB gegeben, wenn gesagt ist: „Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt . . . an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes."

1. Da es für die Frage nach der Gefahrtragung von großer Bedeutung ist, ob nun die Gefahr bereits mit der Vollendung des Werkes oder erst mit dessen Abnahme übergeht, so ist zunächst festzustellen, was denn unter der „Abnahme" zu verstehen ist. Der weitaus größte Teil der Rechtswissenschaft sowie der Praxis[2]) legt in Uebereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien,[3]) diesem Begriff die Bedeutung einer „Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB" bei. Hiernach muß der Besteller ausdrücklich oder stillschweigend zu verstehen geben, daß er das erbrachte Werk als eine der Hauptsache nach dem Inhalt des Werkvertrages entsprechende Leistung ansieht und als solche behalten will.

Zu dieser Annahme als Erfüllung tritt außerdem bei allen Werkverträgen, bei denen der zu bearbeitende Stoff während der Arbeitsdauer in den unmittelbaren Besitz des Unternehmers gelangt ist, noch die körperliche Hinnahme des vollendeten Werkes durch den Besteller hinzu, (z. B. müssen die dem Schuhmacher zur Ausführung einer Reparatur überlassenen Schuhe nach Fertigstellung der Arbeit dem Besteller wieder zurückgegeben werden).

Es ist jedoch in diesem Zusammenhang besonders darauf hinzuweisen, daß dieses zuletzt genannte Erfordernis kein unbedingtes Tatbestandsmerkmal der Abnahmefähigkeit eines Leistungsgegenstandes bildet. Insbesondere können daher auch solche Werkleistungen abgenommen werden, in denen der zu bearbeitende Werkstoff überhaupt keine Besitzveränderung erfährt, somit also dauernd im unmittelbaren Besitz des Bestellers verbleibt (z. B. bei der Anlage einer Lichtleitung im Hause des Bestellers).

---

2) Vgl. hierzu RGZ 57, 338; 107, 339 f.; 110, 404; OLG 39, 162; 41, 121. Ferner Planck, Komm. S. 1063; Oertmann, Komm. S. 982 ff.; Staudinger, Komm. S. 980 f.; Enneccerus-Lehmann, S. 542; Korintenberg, S. 33; Kisch, Unmöglichkeit, S. 69; Stern, S. 118; Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag . . . ArchzivPrax. 109, 341; Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung . . ., Gruch. 46, 39 ff.; Eck-Leonhard, Vorträge . . . I, S. 523; Striebinger, Begriff der Abnahme beim Kauf und Werkvertrag, S 44 f.; Oberloscamp, Abnahmepflicht nach BGB, S. 21 ff.; Lehmann, DJZ 02, 493; aber auch Dochnahl, S. 297; Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 214 ff.; Riezler, Der Werkvertrag, S. 135 f.; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 312 ff.; a. A. Titze, Unmöglichkeit, S. 299 f.; Lehrb. S. 107; Siber, Rechtszwang, S. 43; ders. JherJ. 70, 337 ff.; Heck, S. 349 ff.; Krahmer, Gegens. Verträge, S. 126; Schmidt Diss. S. 39 ff.; OLG Breslau, im Recht 1905, S. 592; Schollmeyer, S. 55, 102.

3) Motive, II S. 489, Prot. II, S. 315 ff.

Dies ist nicht unbestritten. Ein Teil der Rechtslehre vertritt nämlich die Ansicht, daß in den vorgenannten Fällen die Abnahme des Werkes an der Unmöglichkeit der körperlichen Hinnahme scheitert, so daß insoweit die Ausnahmevorschrift des § 646 BGB zur Anwendung kommen soll.[4]) Mit Recht führt aber Riezler gegen diese Lehrmeinung folgendes aus: „Aber so rigoros darf an dem Momente der körperlichen Hinnahme, von welcher ja das Gesetz selbst überhaupt nicht spricht, sondern das erst aus einer wissenschaftlichen Zergliederung des Abnahmebegriffes sich ergibt, doch nicht gehaftet werden. Man muß im Auge behalten, daß die §§ 640, 646 BGB nicht von den Folgen des Besitzüberganges und der Möglichkeit einer Besitzübertragung sprechen wollen, sondern zunächst von einem Akte der Anerkennung, der allerdings mit einem körperlichen Gewaltverhältnis zur Sache verbunden sein muß. Die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, daß er dieses Gewaltverhältnis an der neuhergestellten bzw. veränderten Sache als bestehend erachte, m. a. W., daß er das in der Sache verkörperte Werk, das er billige, nun als das seinige betrachte, kann der Besteller aber nach der Auffassung des Lebens auch dann abgeben, wenn ein Besitzübergang im juristischen Sinne nicht möglich ist."[5])

Diese Ausführungen sind zustimmenswert. In allen diesen Fällen ist eben der körperlichen Uebergabe schon dadurch Genüge getan, daß sich der Besteller nach Fertigstellung des Werkes bereits in dessen Besitz befindet. Hierbei liegt ein Vergleich mit der brevi manu traditio nahe. Denn auch dort darf die für eine Eigentumsübertragung an sich erforderliche Besitzverschaffung stets dann unterbleiben, wenn der Erwerber den in Frage stehenden Gegenstand bereits im Augenblick der Einigung über den Uebergang des Eigentums besitzt (§ 929 S. 2 BGB).[6]) Weiterhin läßt sich auch gegen die oben erwähnte Ansicht der allgemeine Sprachgebrauch anführen. Gerade bei baulichen Arbeiten, bei denen der Bestellller immer im unmittelbaren Besitz des zu bearbeitenden Leistungsgegenstandes verbleibt, ist es durchaus üblich, von einer Abnahme zu sprechen. So z. B. von der Abnahme einer Lichtleitung oder eines neu tapezierten Zimmers.[7])

4) so z. B. Planck, S. 1065; Kisch, Unmöglichkeit, S. 70; Heck, S. 349; Korintenberg, S. 34; dazu auch Eck-Leonhard, I S. 523; RGRK S. 326; früher auch Staudinger und Oertmann.

5) Riezler, S. 137; vgl. auch Dochnahl, S. 299; Oertmann, Komm. S. 985; RGZ 110, 404 ff.; OLG Posen in Rspr., 6, 84.

6) so Stern, S. 124.

7) so besonders Enneccerus-Lehmann, S. 542 f.; Schmidt, Bürgerl. Recht, S. 242; Rümelin, S. 215; dazu auch RGZ 110, 404 ff.; JW 1925, S. 1993 u. a.

Aus diesen Erwägungen heraus kommen wir somit in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre zu dem Ergebnis, daß die Hinnahme des vollendeten Werkes kein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die Abnahmefähigkeit eines Leistungsgegenstandes bildet, sofern nur das Leistungsprodukt selbst von körperlicher Beschaffenheit ist, weil ja andernfalls die begriffsnotwendige „gewaltmäßige Beherrschung" ausgeschlossen ist.

2. Naturgemäß fehlt es aber an einer solchen bei allen unkörperlichen Leistungsgegenständen. Aus diesem Grunde erblickt der größte Teil der Lehrmeinungen darin die im § 640 BGB vorgesehene Ausnahme, da hier „nach der Beschaffenheit des Werkes" die Abnahme im eben erläuterten Sinne nicht erfolgen kann. Diese Ansicht ist durchaus billigenswert, da es begrifflich unmöglich ist, daß z. B. der Zuhörer eines Konzertes die dargebotene künstlerische Leistung nunmehr „als die seinige" besitzt[8]). Dementsprechend müssen wir alle diejenigen Werkleistungen zu den nichtabnahmefähigen rechnen, die in der Wiedergabe von Werken der Literatur und der Tonkunst, wie z. B. alle Theateraufführungen, Opernvorstellungen pp., oder einem wissenschaftlichen Vortragen bestehen. Vielfach rechnet man außerdem zu diesen immateriellen Werken noch die Transport- und Schleppverträge.[9]) Gegen diese Lehre wendet sich vor allem Enneccerus-Lehmann. Er schreibt hierzu[10]): Weshalb soll ich einen Möbeltransport nicht abnehmen können, d. h. nach einer vorgenommenen (oder unterlassenen) Prüfung erklären, daß die Möbel unbeschädigt an Ort und Stelle gebracht sind? Gewiß ist die Beförderung selbst kein körperliches Werk, wohl aber geht die Ausführung an einem körperlichen Gegenstande vor sich und das genügt nach der Lebensauffassung, sie wie eine körperlich gegenständliche Leistung zu behandeln. In der Entgegennahme der beförderten Sache liegt aber zugleich die Abnahme des in der Beförderung liegenden Werkes." Aehnliche Gedanken finden wir auch bei Planck, Stern und Korintenberg[11]). Demgegenüber vertritt die nunmehr als herrschend anzusprechende Rechtslehre sowie die Praxis[12]) die Auffassung, daß die Uebergabe der beförderten Sachen an den Empfän-

8) a. A. Stern, S. 124, der sämtliche immateriellen Werke für abnahmefähig hält. Dies ist aber unrichtig, da man diese Leistungen niemals besitzmäßig beherrschen kann.

9) Riezler, S. 137; Endemann, S. 1004; Rümelin, S. 215; Dochnahl, S. 302; Raape, Das bürgerl. Recht, II, 2 S. 494; Staud., S. 983; Oertmann, S. 985; RGZ 110, 404 ff.

10) so Enneccerus-Lehmann, S. 542 f.

11) Planck, S. 1066; Stern, S. 124; Korintenberg, S. 34.

12) Vgl. dazu Anm. 9.

ger nur die Vollendung der Transportleistung darstellt, keineswegs damit also gleichzeitig auch noch die Abnahme des Werkes bewirkt wird.

Bei der Klärung der Frage, welche der beiden Ansichten den Vorzug verdient, ist davon auszugehen, daß sich beide Lehrmeinungen darüber einig sind, daß die Beförderung als solche „im Gegensatz zu der beförderten Sache nicht körperlich gegeben und genommen werden kann, mithin auch kein körperliches Werk ist."[13] Dies ist zutreffend. Wenn ich meine Möbel von Berlin nach Halle transportieren lasse, dann bezwecke ich damit, daß die Möbel die von mir gewünschte Ortsveränderung erfahren. Dies ist allein die vom Spediteur geschuldete Werkleistung. Insbesondere gehört hierzu also nicht die weitere Verpflichtung, die Möbel während des Transportes so pfleglich und sorgsam zu behandeln, daß sie unbeschädigt in Halle ankommen. Dies ist vielmehr nur eine Nebenverpflichtung, sie hat mit der Werkleistung als solchen überhaupt nichts zu tun. Wenn ich nun die Möbel in Halle ausgehändigt erhalte, dann erlange ich hierdurch wieder den unmittelbaren Besitz an ihnen, keineswegs nehme ich dadurch aber zugleich die Transportleistung ab, da diese ja — wie übereinstimmend zugegeben wird — selbst etwas Unkörperliches darstellt und somit nicht abgenommen werden kann. Wenn ich nun bei der Annahme der Möbel zum Ausdruck bringe, daß sie wohlbehalten am Bestimmungsort angekommen sind, so liegt darin keine Erklärung im Sinne des § 363 BGB, sondern lediglich eine dahingehende Willensäußerung, daß ich den Spediteur auf Grund der vorerwähnten Nebenverpflichtung nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will. Wenn sich nun aber diese Erklärung des Bestellers nicht auf die eigentliche Werkleistung — die Beförderung der Sachen — bezieht, so ist auch die Konstruktion von Enneccerus—Lehmann pp. nicht zu billigen. An diesem Ergebnis ändert nichts die angebliche Lebensauffassung, wonach eine derartige Leistung wie eine körperlich gegenständliche zu behandeln ist, zumal ja jene nur bei den oben genannten 4 Schriftstellern vorhanden ist, während sie den übrigen Rechtslehrern und der Praxis unbekannt ist. Wir müssen uns vielmehr der andern Ansicht anschließen, wonach jene Transport- und Schleppverträge in den Kreis der immateriellen Werke einzubeziehen sind.[14][15]

13) so z. B. Planck, S. 1066.

14) Enneccerus-Lehmann und Stern schlagen ihrerseits vor, alle diejenigen materiellen und immateriellen Werke als nicht abnahmefähig anzusprechen, „die eine Nachprüfung nicht zulassen, bzw. deren Prüfung dem Besteller nicht zugemutet werden kann." Hierbei wird jedoch die Nachprüfbarkeit zu sehr in den Vordergrund der Betrachtung gestellt. Dies entspricht aber nicht dem gesetzgeberischen Willen. Wie hier z. B. Oertmann, S. 985.

II.

Nachdem wir uns somit ein Bild von der grundsätzlichen Regelung der Gefahrtragung beim Werkvertrage verschafft haben, wenden wir uns nunmehr zunächst den Ausnahmen dieses Grundsatzes zu.

1. Der Annahmeverzug des Bestellers.

In bewußter Uebereinstimmung mit den römischen Rechtsquellen[1]) hat der Gesetzgeber unseres BGB den Unternehmer gegen solche Nachteile schützen wollen, die ihm daraus erwachsen, daß der Besteller die Erfüllung des Vertrages hinauszögert. Aus diesem Grunde hat er im § 644 I 2 BGB bestimmt, daß der Besteller die Vergütungsgefahr schon von dem Augenblick an zu tragen hat, in welchem er in Annahmeverzug gerät.[2]) Ein derartiger Annahmeverzug kann beim Werkvertrag auf zweifache Weise begründet werden, und zwar

a) nach der Herstellung des Werkes durch Verweigerung der Abnahme,

b) vor dessen Vollendung durch Unterlassen der für die Herstellung erforderlichen Mitwirkungshandlung.

a) Nach § 640 I BGB ist der Besteller bei sämtlichen materiellen Werken verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk als eine im wesentlichen dem Inhalt des Vertrages entsprechende Leistung ausdrücklich oder stillschweigend anzuerkennen und es hierbei gleichzeitig — wenigstens in der Mehrzahl aller Fälle — auch körperlich hinzunehmen. Kommt nun der Besteller einer dieser ihm obliegenden Verpflichtung nicht rechtzeitig nach, so gerät er hierdurch in den Verzug der Annahme, wobei es gleichgültig ist, ob er überhaupt subjektiv imstande ist[3]), die Leistung anzunehmen. Hierbei erscheint es noch besonders hervorhebenswert, daß es für das Wirksamwerden des Annahmeverzuges regelmäßig ausreicht, wenn sich der Besteller bei der körperlichen Hinnahme ausdrücklich weigert, das erbrachte Werk als eine im wesentlichen den Vertragsabreden entsprechende

---

15) Nach Raape, S. 531 sowie Oertmann, Aufl. von 1899, II, S. 362 sollten schließlich auch die Werke nicht abnahmefähig sein, die bestimmungsgemäß an einen andern als den Besteller abgeliefert werden sollen. Dagegen mit Recht Staudinger, S. 983; Planck, S. 1066; Stern, S. 124; Dochnahl, S. 301 f.; jetzt auch Oertmann, S. 986: „Ablieferbarkeit ist keine Beschaffenheit des Werkes."

1) Vgl. I 36 D. 19,2 Nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus adprobetur vel admediatur.

2) Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind den allgemeinen Bestimmungen des Recht der Schuldverhältnisse zu entnehmen §§ 293 ff. BGB. Zur Auflösung der Verzugsfolgen ist somit auch hier kein Verschulden des Bestellers erforderlich.

3) Vgl. hierzu RGZ 100, 46; Planck, S. 295; es schützt den Besteller keineswegs z. B. die entschuldbare Unkenntnis von dem Leistenwollen des Unternehmers.

Leistung anzuerkennen. Da der Unternehmer den in Frage stehenden Leistungsgegenstand lediglich „zum Zwecke der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen" zu erbringen hat, tritt bei einer Ablehnung einer solchen Anerkennung gleichfalls eine Verzögerung der endgültigen Erfüllung des Vertrages ein. Hieraus ergibt sich wieder die Notwendigkeit, den Unternehmer gegen die hieraus möglicherweise ihm erwachsenen Nachteile zu schützen.[4])

Wird daher dieser vom Unternehmer einmal ordnungsmäßig angebotene Leistungsgegenstand durch ein vor der Abgabe einer nachträglichen Anerkennungserklärung eintretendes zufälliges Geschehen in Mitleidenschaft gezogen, dann ist der Besteller auf Grund des vorgenannten § 644 I *2* BGB regelmäßig verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu entrichten.[5])[6])

b) Der Besteller kann jedoch schon vor Fertigstellung bzw. Beginn der Arbeit dadurch in Annahmeverzug geraten, daß er eine Handlung unterläßt, die für die Herstellung des vereinbarten Werkes erforderlich ist. Bei vielen Werkverträgen kann nämlich der Unternehmer das Werk überhaupt nur dann beginnen bzw. das bereits angefangene vollenden, wenn der Besteller selbst irgendeine im Vertrage vorgesehene Handlung vornimmt. Unter den verschiedenen Handlungen, die je nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages dem Besteller obliegen können, ist namentlich die Lieferung des Werkstoffes hervorzuheben. Jedoch kann es auch den Parteivereinbarungen entsprechen, daß der Besteller dem Unternehmer bestimmte Räume, in denen das Werk hergestellt oder angebracht werden kann (Fresken), zugänglich macht bzw. in andern Fällen besondere Anweisungen für die Werkausführung[7]) erteilt. Schließlich wird es oftmals erforderlich sein, daß sich der Besteller persönlich bei dem Werkunternehmer einfindet, um auf diese Weise die Herstellung bzw. die Fortsetzung des vereinbarten Werkes zu ermöglichen, wie bei der Vornahme eines ärztlichen Eingriffes oder der Anprobe eines bestellten Anzuges.[8])[9])

---

4) Vgl. Adler, Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, ZHR 75, S. 459, 464.

5) Daneben treten sämtliche übrigen Auswirkungen eines Gläubigerannahmeverzuges ein. Vgl. dazu §§ 300 I, 304, 372, 383, 322 II BGB.

6) Da der Besteller nach § 640 I BGB verpflichtet ist, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, tritt neben dem vorerwähnten Gläubigerverzug auch der Schuldnererfüllungszwang ein (§§ 286 ff. BGB). Auch kommt § 326 BGB hier zur Anwendung, da die Abnahme eine Hauptverpflichtung des Werkvertrages darstellt. So Planck, S. 1073; RGRK S. 326; Korintenberg, S. 33 f. A. A. Enneccerus-Lehmann, S. 378; Oertmann, S. 987; Titze, B.R. S. 107, 91.

7) Dies wird vielfach bei der Errichtung von Bauwerken pp. vorkommen. Vgl. RG in SeuffA 80, Nr. 79.

In diesem Zusammenhange bleibt noch die Frage zu klären, ob der Unternehmer in den Fällen, in denen das unfertige Werk während des Bestellerverzuges durch Zufall untergeht — der noch nicht anprobierte Anzug wird durch ein Schadenfeuer zerstört — berechtigt ist, die Bezahlung des vollen Lohnes zu verlangen. Dem Wortlaut des § 644 I BGB entsprechend müßte man dies eigentlich bejahen. Jedoch stehen einem solchen Ergebnis große Bedenken entgegen, weil ja auf diese Weise eine unverdiente Besserstellung des Unternehmers eintreten würde, da er sich die infolge des Unterganges der Werkleistung bedingten Ersparungen an Arbeitszeit und Aufwendungen nicht anzurechnen lassen brauchte (z. B. würde doch der Schneider im vorliegenden Fall die Kosten für Futter, Garn und Knöpfe sparen, vor allem könnte er in der für die Fertigstellung des vernichteten Anzuges sonst erforderlich gewesenen Zeit ein anderes Kleidungsstück, zum Teil wenigstens, herstellen). Dies wäre aber eine sehr unbillige Lösung! Aus diesem Gedanken heraus schlägt Stern vor, hier den § 324 I 2 BGB zur Anwendung zu bringen. Das Fehlen einer besonderen Verweisung auf jene Bestimmung sucht jener Schriftsteller damit zu erklären, daß beim § 644 I 2 BGB nur an den Annahmeverzug des bereits vollendeten, nicht aber an eine erst teilweise Vollendung gedacht ist.[10]) Dochnahl hingegen versucht auf einem andern Wege zu einem gerechten Ergebnis zu kommen. Er schreibt[11]): „Der Vergütungsanspruch bei Verzug des Bestellers bemißt sich, wenn der Zufall vor Vollendung des Werkes eintrat, wohl nach § 645 I 1. Zwar ist das nicht im Gesetz ausdrücklich gesagt, es ist aber nicht einzusehen, weshalb bei Zufall der Unternehmer einen höheren Anspruch haben soll, als ihm im Falle einer durch § 643 begründeten Kündigung der § 645 I 2 gewährt."

Wenn man diese beiden Ansichten gegenüberstellt, dann verdient die erste den Vorzug. Nach dem Willen des Gesetzgebers

8) Das gleiche gilt für die Fälle, in denen nicht der Besteller, sondern ein Dritter eine Handlung der oben geschilderten Art vornehmen soll. Planck, S. 1074.

9) Im Gegensatz zu den unter a behandelten Fällen hat es hier der Gesetzgeber unterlassen, den Besteller zur Vornahme der ihm vertraglich obliegenden Mitwirkungshandlung ausdrücklich für verpflichtet zu erklären. Aus diesem Grunde kann der Besteller insoweit niemals in Schuldnererfüllungsverzug geraten. RGZ 53, 221; RGRK S. 327; Enneccerus-Lehmann, S. 544; Oertmann, S. 991; Planck, S. 1074; Staudinger, S. 988; Riezler, S. 139; Adler, S. 340; Korintenberg, S. 46 f.; Schöller, S. 33. Der Unternehmer hat aber hier Ansprüche nach §§ 942 f. BGB als „summarische Abgeltung für das Bereithalten wirtschaftlicher Kraft." RGZ 100, 47; Prot. II S. 328 f.

10) Stern, S. 125.

11) Dochnahl, S. 311.

müssen nämlich die allgemeinen Vorschriften überall dort herangezogen werden, wo die besonderen Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse eine offensichtliche Lücke aufweisen. Eine direkte Bezugnahme ist hierbei überhaupt nicht erforderlich. Bei dieser Sachlage erübrigt sich also der von Dochnahl gemachte Vorschlag. Wie dieser Schriftsteller ja selbst zugeben muß, bedient er sich zur Beseitigung des vorerwähnten unbilligen Ergebnisses einer gewissen Unterstellung. Eine solche hat aber stets dann zu unterbleiben, wenn die damit zu erfassende Sachlage bereits durch Gesetzesbestimmungen geregelt ist, zumal auch das damit zu erreichende Ergebnis das gleiche ist, das nach § 324 I 2 BGB erzielt wird.

Somit können wir zusammenfassend feststellen, daß in allen Fällen, in denen nach Eintritt des Verzuges eine Unmöglichkeit der Fertigstellung des Werkes eintritt, der Unternehmer sich sämtliche im Rahmen des § 324 I 2 BGB aufgeführten Ersparungen an Material und Arbeitszeit anrechnen lassen muß. Er kann daher regelmäßig nur einen entsprechend geringeren Teil des vereinbarten Werklohnes verlangen.

c) Nunmehr bleibt noch abschließend zu klären, ob denn der Gläubigerannahmeverzug auch dann gegeben ist, wenn die dem Besteller obliegende Mitwirkungshandlung infolge eines Zufalles objektiv unmöglich wird. Derartige Hindernisse, die der vertraglich vorgesehenen Mitwirkung des Gläubigers entgegenstehen können, sind z. B. das unverschuldete Abbrennen des auszubessernden oder mit Fresken auszuschmückenden Hauses bzw. das zufällige Auslaufen des abzuzapfenden Weinfasses. Da hier der Unternehmer zur Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtung selbst fortdauernd bereit und imstande bleibt, erhebt sich somit die Frage, ob denn der Eintritt der vorgenannten zufälligen Hindernisse eine Unmöglichkeit der Leistung oder einen Annahmeverzug des Bestellers zur Folge hat.

α) Ein Teil des Schrifttums geht bei seinen diesbezüglichen Erörterungen von der Erwägung aus, daß das nach § 297 BGB gesetzlich vorgesehene Angebot des Schuldners stets eine mögliche Leistung voraussetzt. Hierbei ist aber nicht nur erforderlich, — wie Dochnahl ausdrücklich feststellt[12]), — daß der Schuldner „die Anforderungen, welche der Vertrag persönlich an ihn stellt, noch weiter zu erfüllen vermag. Es heißt ganz allgemein, daß der Schuldner zur Leistung i m s t a n d e sein muß. Imstande ist er aber dann nicht, wenn irgendein Umstand, und mag er auch in der Person des Gläubigers liegen, die Leistung objektiv unmöglich macht." Zu dem glei-

12) Dochnahl, S. 310 ff.

chen Ergebnis kommt auch Staudinger[13]), wenn er ausführt: „Diese logische Unmöglichkeit läßt auch dann keine Ausnahme zu, wenn der Schuldner an sich zu der Leistungshandlung imstande wäre, aber den Leistungserfolg aus den in der Person des Gläubigers liegenden Gründen nicht herbeiführen kann . . .“ Planck, der sich gleichfalls zu dem obigen Ergebnis bekennt, beschränkt sich zur Begründung dieser Ansicht auf die Erklärung: „Ist die Leistung infolge eines in der Person des Gläubigers eingetretenen Umstandes objektiv unmöglich geworden, so kann ein wirksames Angebot nicht mehr erfolgen, weil eine Verbindlichkeit der Leistung nicht mehr besteht.“[14]) Schließlich mag auch noch auf Rümelin verwiesen werden, der zum Ausdruck bringt: „Daß man aber dem Wortlaut des § 323 gegenüber mit Crome . . . und Kohler . . behaupten kann, daß der Arbeitnehmer einen Anspruch auf das Entgelt hat, wenn der Hinderungsgrund ausschließlich am Besteller liegt, kann ich nicht zugeben. Die Annahme einer mora accipiendi erscheint mir ausgeschlossen, wenn die Leistung unmöglich ist.“[15])[16])

β) Demgegenüber vertritt vor allem Oertmann[17]) in Uebereinstimmung mit Kohler und Crome die Auffassung, daß auch in diesen Fällen Gläubigerannahmeverzug vorliegt. Er rechtfertigt dieses Ergebnis mit der Erwägung: „Daß es entscheidend darauf ankommt, in wessen Betriebs- oder Einflußbereich das Leistungshindernis seinen eigentlichen Sitz oder Urgrund hat, oder doch im Verhältnis der beiden Beteiligten zunächst wirkt: Wenn in dem des Schuldners (z. B. Krankheit pp.), liegt Unmöglichkeit oder Unvermögen vor; wenn in dem des Gläubigers (Krankheit, Tod pp.), ist für den Eintritt des Annahmeverzuges nach Maßgabe der sonstigen Regeln Raum. Anders ausgedrückt: Bei der Frage, ob die Leistung unmöglich geworden ist, sind zugunsten des Schuldners, also in Bezug auf die Frage des Annahmeverzuges, alle primär beim Gläubiger und nicht beim Schuldner eingetretenen Hinderungsgründe . . . wegzudenken. Diese Ansicht empfiehlt sich durch ihre soziologische Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, insbesondere durch den im BGB auch sonst viel verwandten Gedanken des Einstehenmüssens für den eigenen Betriebskreis. Sie ist aber auch aus positiven Einzelsätzen

13) S. 367.

14) Planck, S. 295.

15) Rümelin, S. 82; vgl. auch Mot. II S. 494, wo es heißt: „Auch in Ansehung des Falles, wenn wegen eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalles die Ausführung des Werkes objektiv unmöglich wird, läßt es der Entwurf bei den allgemeinen Grundsätzen, welche dahin führen, daß der Unternehmer keinen Anspruch hat.

16) Ferner stimmen dieser Ansicht zu: Titze, Unmöglichkeit, S. 22 f.; Schneider in LZ 1907, S. 733 ff.; Kisch, KritViertJSchr. 44, S. 513, DJZ 18, 534 ff.

17) Oertmann, S. 994, 211.

zu erweisen, insbesondere aus § 295, der bei Versagen der Mitwirkungshandlung des Gläubigers ein wirksames Angebot genügen läßt, sowie dem aus § 299 zu ziehenden Umkehrschluß, der seine Unfähigkeit zu solchen Mitwirkungshandlungen im allgemeinen einflußlos läßt."[18])

Während nun Oertmann bewußt davon Abstand nimmt, den § 645 BGB zur Unterstützung seiner Ansicht heranzuziehen, sind es gerade die eigentlichen Väter dieser Lehrmeinung, die den Anspruch des Unternehmers aus einer entsprechenden Anwendung des § 645 BGB herleiten und somit auch auf die dort festgelegte Höhe beschränken wollen. In diesem Sinne schreibt Kohler[19]): „In allen Fällen, wo der Besteller in Annahmeverzug ist", — dies soll auch dann zutreffen, wenn ein Maler infolge eines durch Erdrutsch herbeigeführten Einsturzes einer Mauer außerstandegesetzt wird, das vereinbarte Fresko herzustellen — „handelt es sich nicht darum, zu rechtfertigen, daß der Arbeiter überhaupt etwas bekommt, sondern daß ihm nur die Vergütung für das bereits Geleistete gewährt wird." Das Ergebnis selbst leitet er aus den §§ 643, 645 BGB ab.

Crome[20]), der bei seinen Erörterungen oftmals auf den vorgenannten Schriftsteller Bezug nimmt, führt in diesem Zusammenhang aus: „Hindert der Zufall die Ausführung des Werkes, während der Unternehmer seinerseits leisten kann, dann hat der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und Ersatz eventueller Auslagen. Denn nach Treu und Glauben muß hier der Besteller das Risiko tragen. Nach dem Vertrag ist anzunehmen, daß er sich so behandeln lassen wollte, wie wenn er er selbst die Arbeit sistierte (also sich in Annahmeverzug befände)."

In ähnlicher Weise versucht Heck die hier angeschnittene Frage zu lösen. Er weist darauf hin, daß nach seiner Ansicht „der § 645 dem Wortlaut nach auszudehnen ist auf andere Umstände, die in die Sphäre des Gläubigers fallen . . . Dies folgt aus § 645, würde aber auch aus § 157 wegen der zweifellosen Verkehrssitte anzunehmen sein."[21]) Eine Ausnahme soll jedoch für die Fälle gelten, in denen höhere Gewalt vorliegt, da diese nach Hecks Ansicht nicht unter § 645 fällt.[22])

18) Vgl. dazu auch Enneccerus-Lehmann, S. 217; er unterläßt es jedoch, in den Werkvertragsvorschriften ausdrücklich auf diese allgemeinen Erörterungen hinzuweisen.

19) Kohler, ArchbürgR. 13, S. 258, bes. 261; ders. Lehrb. II 1 S. 349.

20) System, II 1 S. 700.

21) Heck, S. 348; vgl. dazu auch Enneccerus-Lehmann, S. 217 f.

22) Weitere Vertreter der zweiten Ansicht: Martius, Bergführervertrag, S. 41; 48; 72; Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung . . . S. 39 ff. (mit Einschränkungen); Trautmann, Gruch. 59, 434 ff.; Boer, Gruch. 54 S. 493; Eckstein, ArchbürgR. 37, 477; jetzt auch Titze, in EhrenbergsHandb. II S. 744 ff.; ders. JW 22, 548 ff.; Koffka, DJZ 20, 645;

γ) Nachdem wir uns somit die verschiedenen Lehrmeinungen über die oben angeführte Frage vor Augen geführt haben, bleibt nunmehr festzustellen, welcher von beiden wir uns anschließen wollen.

Wie wir schon hervorgehoben haben, war bereits in den Motiven zum Ausdruck gekommen, daß der Unternehmer in den Fällen, in denen die Ausführung des Werkes infolge eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalles objektiv unmöglich wird, einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung verliert. Da diese Lösung schon damals als unbillig angesprochen wurde, war beantragt worden, den jetzigen § 645 BGB dahingehend zu ändern, daß es dort heißen sollte: „Ist das Werk . . . infolge eines bei dem Besteller eingetretenen Umstandes . . ."[23]). Dieser wie auch die übrigen Abänderungsanträge wurden aber deshalb abgelehnt, weil sie nach Ansicht der darüber beratenden Kommission mit dem Wesen des Werkvertrages unvereinbar waren. Mit Recht wurde schon damals darauf hingewiesen, daß hier der Eigenart dieses Vertrages entsprechend nicht das Arbeiten als solches, sondern das Ergebnis der Arbeit vom Unternehmer geschuldet wird, damit aber auch bei einer Unmöglichkeit der Erreichung dieses in Aussicht genommenen Werkerfolges der vereinbarte Vergütungsanspruch zu Fall kommen muß. Weiterhin läßt sich aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in Abänderung der grundsätzlichen Regelung in § 645 BGB ganz bestimmte Ausnahmen zugelassen hat, schließen, daß weitere, darüber hinausgehende Ausnahmen nicht zugelassen werden sollten, weil diese ja sonst gleichfalls dort aufgeführt worden wären. Hält man sich dieses vor Augen, dann ist es nur schwer verständlich, wie trotz alledem Kohler, Crome und zum Teil auch Heck nunmehr im Wege der Auslegung eine weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Gefahrtragungsfrage zugunsten des Unternehmers schaffen wollen. Dies ist unzulässig, da ja eine Ausdehnung von Ausnahmevorschriften — um eine solche handelt es sich doch beim § 645 — gegen den klaren und eindeutig zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen nicht statthaft ist.[24]) Aus diesen Erwägungen heraus müssen die Ausführungen der zuletzt genannten Schriftsteller hier ausscheiden. Wie steht es nun mit den von Oertmann heran-

23) Für den Fall der Ablehnung dieses Vorschlags war weiterhin beantragt, in den § 645 BGB die Worte „infolge höherer Gewalt" zu setzen bzw. eine besondere Bestimmung für Fälle höherer Gewalt in bezug auf Bauwerke ins Gesetz aufzunehmen. Vgl. hierzu auch Prot. II, 332 ff, bes. 334 f.

24) Dies ist vielfach von der Rechtswissenschaft anerkannt. Vgl. z. B. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, S. 420; Enneccerus-Lehmann, 10. Bearbeitung, 1928, I, 2 S. 469; Dochnahl, S. 310.

gezogenen Argumenten? Staudinger, der sich hier bekanntlich für eine Unmöglichkeit der Leistung einsetzt, führt insbesondere gegen diesen Schriftsteller aus, daß doch beim Werkvertrag „Unmöglichkeit der Leistung nicht, wie gerade Oertmann in LZ 1927 Sp. 1177 zutreffend gegen Krückmann in LZ 1926, Sp. 9 ausführt, Unmöglichkeit der Leistungshandlung ist, sondern Unmöglichkeit des Leistungserfolges. Gerade in diesem Falle ist der Schuldner nach § 275 völlig frei, da die Verbindlichkeit untergegangen ist. Somit ist auch für Annahmeverzug des Gläubigers kein Raum."[25]) Diese Ausführungen von Staudinger sind zutreffend. Oertmann scheint hier tatsächlich übersehen zu haben, daß es gerade eine Eigenart des Werkvertrages ist, daß die Dienstleistungen als solche überhaupt nicht den Gegenstand des abgeschlossenen Vertrages bilden. Vielmehr kommt es allein auf den Leistungserfolg an. Ist daher die Herbeiführung desselben aus irgendwelchen von den Parteien nicht zu vertretenden Umständen nicht möglich, so liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Gleichgültig ist dabei, in welcher Rechtssphäre dieser Zufall seinen Sitz hat. Voraussetzung für den Eintritt eines Gläubigerannahmeverzuges ist, — wie bereits hervorgehoben, — daß der Schuldner seinerseits noch imstande ist, vereinbarungsgemäß zu erfüllen. Dies kann er aber dann nicht, wenn ihm die Herbeiführung des in Aussicht genommenen Werkerfolges dadurch unmöglich geworden ist, daß die nach dem Vertrag erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers aus irgendwelchen von diesem nicht zu vertretenden Gründen nicht erfolgen kann. Hierbei spielt es also überhaupt keine Rolle, ob der Unternehmer seinerseits noch willens und in der Lage ist, seine Arbeit schlechthin zu leisten, da er auf alle Fälle außerstandegesetzt ist, seiner Verpflichtung entsprechend den versprochenen Arbeitserfolg herbeizuführen.

Aus diesen Erwägungen heraus können wir uns auch der Ansicht von Oertmann nicht anschließen. Vielmehr müssen wir der zuerst genannten Lehrmeinung recht geben, und kommen somit abschließend zu dem Ergebnis, daß in allen Fällen, in denen die vom Besteller zu erbringende Mitwirkungshandlung aus irgendwelchen Gründen objektiv unmöglich wird, kein Annahmeverzug, sondern eine Unmöglichkeit der Leistung begründet wird, somit also dem Grundsatz des § 644 I 1 BGB entsprechend der Unternehmer keinen Lohnanspruch gegen den Besteller geltend machen kann.

2. Die Versendung des Werkes.

Einen Gefahrübergang vor der Abnahme des Werkes läßt das BGB weiterhin gemäß § 644 II in den Fällen eintreten, in denen

25) Staudinger, S. 367.

der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers das fertiggestellte Werk an einen andern als den Erfüllungsort versendet. Hierbei sollen die Vorschriften des § 447 BGB Anwendung finden, wonach also der Gefahrübergang bereits in dem Augenblick erfolgt, in dem das Werk dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert wird. Voraussetzung ist aber bei einem solchen Versendungsvertrage, daß der Erfüllungs- und der Ablieferungsort auseinanderfallen.[26]) In diesen Fällen geht die Gefahr in dem oben bezeichneten Zeitpunkt selbst dann über, wenn die Versendung des Werkes innerhalb des Ortes oder durch eigene Leute des Unternehmers stattfindet.[27]) Jedoch muß in diesem Zusammenhang noch besonders darauf hingewiesen werden, daß der Besteller bei einer derartigen Versendung lediglich die „typische Transportgefahr" zu tragen hat. Wird daher das Werk auf dem Transporte z. B. durch eine staatliche Zwangsmaßnahme beschlagnahmt, so trifft diese Tatsache allein den Unternehmer, da der Werkvertrag mit der Uebergabe des Leistungsgegenstandes an die Transportgesellschaft noch gar nicht erfüllt ist.[28])[29])

Wie wir nämlich an anderer Stelle bereits festgestellt haben, gehört zur Abnahme des Werkes nicht nur die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung im Sinne des § 363 BGB, sondern meist auch noch die körperliche Besitzübertragung. Durch sein Uebersendungsverlangen hat der Besteller lediglich auf die besondere Vorweisung des Werkes sowohl am Erfüllungs- wie auch am Ablieferungsort verzichtet.[30]) Infolgedessen vollzieht sich die Abnahme und damit die endgültige Erfüllung des Vertrages immer erst im Augenblick der Aushändigung des versandten Werkes an den Besteller.

3. Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes pp.

Eine weitere Milderung des § 644 I 1 BGB ist schließlich im § 645 I BGB ausgesprochen.[31])

---

26) Bei einem sogen. „Fernwerkvertrag", d. h. einem solchen, in dem sich der Unternehmer verpflichtet, an einem anderen Ort zu leisten, kommen die §§ 644, II, 447 BGB nicht zur Anwendung. Es bleibt vielmehr bei der Regelung des § 644 I 1 (Das Werk wird nicht nach dort „gesandt", es wird dort" geleistet").

27) RGZ 96, 258 f.; OLG 2, 18.

28) RG Warn. 1920, Nr. 95; 1921 Nr. 117; a. A. Casper, JW 1925, S. 590.

29) Nach RGRK S. 329, Staudinger, S. 994, Planck, S. 1081, Oertmann, S. 995, hat der Unternehmer stets zu beweisen, daß das Werk im Augenblick der Versendung abnahmefähig, im übrigen aber auch sachgemäß verpackt worden war.

30) Vgl. hierzu Protokolle II S. 330 ff.

31) Der Anspruch aus § 645 I BGB wird zum Teil als Entschädigung — so vor allem Brandis, Rechtliche Behandlung des Zufalls, S. 36; Riezler, S. 147; Stern, S. 112, 128 — zum andern Teil als teilweise Belastung des Bestellers mit der Gefahr bezeichnet (so Dochnahl, S. 305; Oertmann, S. 997;

a) Was zunächst die Voraussetzungen dieser Bestimmung anbetrifft, so sind unter dem „Stoff" alle beweglichen wie auch unbeweglichen Sachen zu verstehen, aus denen oder mit deren Hilfe das vereinbarte Werk herzustellen ist.[32]) Wie nun Riezler in diesem Zusammenhang mit Recht hervorhebt, trägt demnach „der Besteller bei Werken, die auf seinem Grund und Boden errichtet werden, auch die Gefahr, die sich aus der Bodenbeschaffenheit ergibt." Gerade diesen letzten Worten ist besondere Beachtung beizulegen. Wie nämlich schon aus den Protokollen klar hervorgeht, muß die Zerstörung des noch nicht abgenommenen Werkes auf einem „Mangel des Stoffes" beruhen. Stürzt daher z. B. das in Arbeit befindliche Bauwerk infolge eines durch zu geringe Bodenfestigkeit bedingten Erdrutsches in sich zusammen, so unterliegt es keinem Zweifel, daß es sich hier um einen solchen Fehler handelt."[33]) Wird dagegen das in Arbeit befindliche Gebäude infolge eines Erdbebens oder einer Ueberschwemmung vernichtet, so kann § 645 I BGB deshalb nicht angewendet werden, weil die Zerstörung nicht auf Grund „eines dem Boden des Bestellers anhaftenden Mangels" eingetreten ist.[34]) Gleichgültig hingegen ist es, ob nun das fragliche Material Neben- oder Hauptsache ist. Dies betont vor allem Dochnahl, wenn er ausführt[35]): „Ob Hauptsache, Nebensache oder Werkzeug, ist irrelevant: das Veranlassungsprinzip des § 645 fragt nach solchen Unterschieden nicht." Auf diesen letzten Gedanken aufbauend, hat die Rechtslehre eine entsprechende Anwendung jener Vorschrift auch für die Fälle zugelassen, in denen der Besteller die zur Werkherstellung erforderlichen Hilfsgeräte oder Werkzeuge liefert.[36])[37])

Neben diesem Stoffmangel kann nun auch eine von dem Besteller erteilte schädigende Anweisung den Untergang des Leistungs-

---

ders. ArchzivPrax. 116, 45 ff.; Kisch, Unmöglichkeit S. 46, 71; Planck, S. 1082; Staudinger, S. 997; Enneccerus-Lehmann, S. 545 f.; Korintenberg, S. 47). Der letzteren Ansicht ist zuzustimmen, vgl. dazu bes. den Wortlaut des § 645 mit dem des § 642 BGB. Ferner Mot. II. S. 500—502; Prot. II S. 331—335.

32) so Oertmann, Komm. S. 996 u. a.

33) Riezler, S. 146 f. Dochnahl, S. 306; Enneccerus-Lehmann, S. 546; Staudinger, S. 997; Planck, S. 1082; Crome, S. 699; Schmidt, Lehrb. S. 243; dazu auch OLG 22, 312 f.; Schleswig-Holst. Z. 1922, S. 231; BayrRpfZ. 10, S. 290; beachte aber bes. OLG 20, S. 207.

Hierunter fällt auch regelmäßig die infolge der Bodenbeschaffenheit erfolglos gebliebene Brunnenbohrung (so OLG Nürnberg, Recht 1910, S. 2813; desgl. Staudinger, u. a.)

34) Prot. II, S. 334. Hier bleibt es also beim Grundsatz des § 644 I 1 BGB.

35) Dochnahl, S. 306; desgl. Crome, S. 699.

36) so unbestritten: Planck, S. 1082; Staudinger, S. 997; Oertmann, S. 996; Enneccerus-Lehmann, S. 546; dazu Recht 05, Nr. 151; 06, Nr. 300.

37) Gleichgültig ist es für die Anwendung des § 645 BGB, ob die Stofflieferung auf Grund des Werkvertrages erfolgte, oder von dem Besteller freiwillig vorgenommen wurde. So u. a. Riezler, S. 146; Staudinger, S. 997; Planck, S. 1082.

gegenstandes herbeiführen, wobei unter einer solchen regelmäßig die nach Vertragsabschluß erteilte einseitige Anordnung des Bestellers zu verstehen ist.[38])

In allen diesen Fällen bleibt indessen die Frage zu klären, wann denn nun der Untergang, die Verschlechterung bzw. Unausführbarkeit des Werkes, auf einen solchen Stoffmangel bzw. eine derartige Anweisung zurückzuführen ist.

Wie Oertmann in Uebereinstimmung mit der Mehrheit der Rechtslehrer feststellt, ist dies stets dann der Fall, wenn der Stoffmangel bzw. die Anweisung „nicht nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung des eintretenden Schadens, sondern gerade dafür die Ursache ist, im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhanges."[39]) Diese Ansicht ist zustimmenswert. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß der Wortlaut des § 645 I BGB selbst nicht geeignet ist, die Richtigkeit der vorerwähnten Ansicht zu beweisen. Es heißt ja dort lediglich: „infolge eines Mangels . . .", worunter auch eine „conditio sine qua non" verstanden werden könnte. Berücksichtigt man jedoch, daß der Unternehmer nach dieser Vorschrift einen Ausgleichsanspruch dafür erhält, daß er im Vertrauen auf die Mangellosigkeit des ihm übergebenen Stoffes bzw. auf die Richtigkeit der ihm erteilten Anweisung zur Inangriffnahme einer Arbeit verleitet worden ist, die aber infolge eines der vorgenannten vom Besteller somit veranlaßten Umstände ohne Erfolg geblieben ist, so liegt es nahe, in entsprechender Anwendung der für einen Schadensersatzanspruch geltenden Grundsätze auch für diese Fälle die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang der letzteren Ansicht vorzuziehen. Andernfalls würde man dem Willen des Gesetzgebers zuwider oftmals zu wenig befriedigenden Ergebnissen kommen,[40]) was aber tunlichst zu vermeiden ist. Es muß daher für die Auslösung der in § 645 I BGB genannten Unternehmeransprüche verlangt werden, daß der Stoffmangel bzw. die Anweisung gerade „die immanente, physische, also adäquate Ursache" ist.[41])

b) Was weiterhin die Höhe des dem Unternehmer gegebenenfalls zustehenden Anspruches aus § 645 I BGB anbetrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht die Arbeit als solche, sondern nur in Bezug auf den erreichten Erfolg bezahlt werden soll. Aus diesem Grunde kann hier der Unternehmer nicht nur den Lohn für die bis dahin geleisteten

38) Vgl. hierzu Oertmann, S. 997; Planck, S. 1082; Dochnahl, S. 305 f. Stern, S. 129.

39) so wieder Oertmann, S. 996; Staudinger, S. 997; Planck, S. 1082; Berndorff, Die Gattungsschuld, S. 121; Kisch, Unmöglichkeit, S. 71; Stern, a. a. O. A. A. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 319 ff,, bes. S. 324.

40) Vgl. dazu insbes. das von Oertmann, S. 996 gegebene Beispiel.

41) so Stern, a. a. O.

Arbeitsstunden beanspruchen, sondern einen darüber hinausgehenden Teil der Vergütung, also einen „Teil eines positiven Interesses."[42])

Aus dieser Erwägung heraus muß man schließlich folgern, daß dementsprechend auch die tatsächlichen Auslagen des Unternehmers, — selbst wenn sie in der Vergütung enthalten sind, — nur insoweit ersetzt zu werden brauchen, als sie bereits in dem untergegangenen Teilwerk verarbeitet worden waren. Regelmäßig werden daher die veranschlagten Gesamtauslagen zunächst von dem vereinbarten Lohn abgezogen und die tatsächlich gemachten Aufwendungen zu dem übrigbleibenden Teil der Vergütung hinzugezählt werden müssen.[43]) Nur auf diese Weise kommt man auch hier zu einem billigen Ergebnis, weil andernfalls eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers erzielt würde, da ja oftmals die von ihm besorgten Zutaten pp. erst bei der Fertigstellung des Werkes verwendet werden (z. B. Futter und Knöpfe beim Anzug). Haben jedoch die angeschafften Zutaten für den Unternehmer ausnahmsweise kein Interesse, so wird man ihm in diesem Falle den vollen Ersatz der Aufwendungen mit der Maßgabe zubilligen müssen, daß er die nichtverarbeiteten Zutaten pp. dem Besteller zur Verfügung stellt (der Schneider hat eine ganz bestimmte Art Knöpfe angeschafft, die nur für den untergegangenen Anzug zu verwenden waren).

c) Aus dem Wortlaut des § 645 I BGB geht klar hervor, daß bei dem Schadensfall kein Umstand mitgewirkt haben darf, den der Unternehmer zu vertreten hat.[44])

α) Ein derartiges Verschulden kann insbesondere darin liegen, daß er es pflichtwidrig unterläßt, den Besteller auf einen ihm bekannten Fehler des Stoffes bzw. die Zweckwidrigkeit der erteilten Anweisung aufmerksam zu machen.[45]) Hierbei muß darauf hingewiesen werden, daß in der Mehrzahl aller Fälle der arbeitende Unternehmer eine umfangreiche Fach- und Sachkenntnis besitzt, während der arbeitgebende Besteller vielfach hiervon überhaupt nichts versteht. Will sich nun der Unternehmer gegebenenfalls damit entschuldigen, daß er den in Frage stehenden Fehler des Materials bzw. die Gefährlichkeit der Anweisung selbst nicht gekannt hat, weil er die hierfür erforderliche Sachkenntnis nicht besitzt, so wird er mit einem derartigen Einwand regelmäßig nicht gehört werden können. Nach der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Ansicht muß nämlich derjenige, der ein Gewerbe betreibt, grundsätzlich dafür einstehen, daß er die hierzu notwendigen Kenntnisse besitzt. Ihr tat-

42) Dochnahl, S. 307.
43) Dochnahl, S. 308.
44) Dies kann z. B. auch dann der Fall sein, wenn vom Unternehmer gelieferte Zutaten auf die Vernichtung des Leistungsgegenstandes Einfluß hatten, selbst wenn ein Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes hierbei mitgewirkt hat. So OLG 40, 328; RGRK S. 329; WarnE. 1915, Nr. 28.

sächliches Fehlen entschuldigt ihn daher nicht.[46]) Aus diesem Grunde muß sich der Besteller stets darauf verlassen können, daß sein sachkundiger Vertragsgegner ihn auf etwaige offensichtliche Mängel des gelieferten Stoffes bzw. unzweckmäßige Anordnungen aufmerksam macht und ihm vorstellt, daß bei einer Verwendung des zur Verfügung gestellten Materials pp. der in Aussicht genommene Werkerfolg wahrscheinlich nicht erreicht werden kann. Unterläßt dies der Unternehmer, so trifft ihn insoweit ein Verschulden, und er verliert damit bei Eintritt des in § 645 I BGB vorgesehenen Sachverhaltes seinen dort festgelegten Anspruch.[47])

β) Sind nun aber die Stoffmängel nicht offensichtlich, so bleibt schließlich noch zu erörtern, ob der Unternehmer nach dem Vertrage verpflichtet ist, eine entsprechende Prüfung des Werkstoffes vorzunehmen.

Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, hat der Gesetzgeber eine derartige Prüfungspflicht absichtlich nicht im Gesetze verankert.[48]) Jedoch wird mit Rücksicht auf die oben gemachten Ausführungen in der Mehrzahl aller Fälle davon auszugehen sein, daß sich der nicht sachverständige Besteller grundsätzlich darauf verlassen können muß, daß sein fachkundiger Vertragsgegner eine entsprechende Eignungsprüfung des zur Verfügung gestellten Werkstoffes vornimmt und ihm etwaige hierbei auftauchende Bedenken noch vor Arbeitsbeginn mitteilt. Unterläßt dies der Unternehmer, so ist dies wiederum regelmäßig ein Umstand, den er zu vertreten hat.[49])

Ist indessen der die Arbeit vergebende Besteller selbst so fachkundig, daß es ihm ein leichtes ist, etwaige Fehler des Materials und deren Auswirkungsmöglichkeit im Hinblick auf die Erreichung des erstrebten Werkerfolges zu erkennen, dann kann man dem dies wissenden Unternehmer eine nochmalige Nachprüfung des gelieferten Stoffes jedoch nicht zumuten. Vielmehr muß man ihn bei dieser Sachlage genau so behandeln wie in den Fällen, in denen der Besteller trotz der ihm vorgestellten Bedenken seinerseits darauf besteht, daß die vereinbarte Leistung aus dem in Frage stehenden Material[50]) hergestellt wird. Insoweit kann also dem Unternehmer ein „eigenes nachlässiges Verhalten" nicht zur Last gelegt werden.[51])

45) Eingehende Ausführungen bei Korintenberg, S. 38; Dochnahl, S. 306.
46) z. B. Warneyer, 1915, Nr. 78; OLG 40, 325.
47) so OLG 13, 424; Staudinger, S. 996.
48) so Mot. II S. 501 ff.
49) OLG 13, 424; 20, 207; SeuffA 47, Nr. 24; 48, Nr. 22; 50, 244; desgl. Wüstendörfer, Seeschiffbau, HansRZ 1918, Sp. 338 u. a.
50) Das gleiche gilt, wenn der Besteller auf Ausführung seiner an sich zweckwidrigen Anweisung besteht. RGZ 64, 294; Korintenberg, S. 39; Staudinger S. 998.
51) Staudinger, S. 996 ff.; Warn. II S. 462; SeuffA 47, Nr. 39.

Wird daher das Werk vor der Abnahme infolge eines solchen ausdrücklich hervorgehobenen Fehlers im Sinne des § 645 I BGB in Mitleidenschaft gezogen, so hat der Unternehmer den dort festgelegten Anspruch.[52])

D. Das Verhältnis der besonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Werkvertrage zu den allgemeinen Vorschriften der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen.

Nachdem wir im vorhergehenden Abschnitt die für die Gefahrtragung maßgebenden Bestimmungen des Werkvertragsrechtes erörtert haben, bleibt nunmehr zu untersuchen, ob die in dem § 644 I, 1 BGB enthaltene Regelung mit den oben erwähnten Vorschriften über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Schuldverhältnissen in Einklang gebracht werden kann.

1. Hierbei erhebt sich die theoretisch wichtige Frage, ob denn § 644 I 1 BGB überhaupt Anwendung finden kann, wenn eine Gefahr im technischen Sinne vorliegt, d. h. also, wenn durch das zufällige schadenbringende Ereignis gleichzeitig eine Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung herbeigeführt wird.

Oertmann, der zwischen der Gefahr der Unmöglichkeit der Herstellung und der Gefahr des vollendeten Werkes unterscheidet, vertritt hier die Auffassung, daß in den §§ 644 f. BGB nur die zweite Frage behandelt wird, während „für die erste allein die §§ 323 ff. BGB in Betracht kommen, wonach der Unternehmer seinen Anspruch auf Vergütung verliert."[1]) Dies bedeutet nichts anderes, als daß nach der Ansicht dieses Schriftstellers in den besonderen Gefahrtragungsvorschriften des Werkvertrages lediglich die Gefahr im nichttechnischen Sinne unter Ausschluß einer solchen im technischen Sinne geregelt sein soll. Dieses Ergebnis bestätigen auch die weiteren Ausführungen von Oertmann, wenn gesagt ist: „Die §§ 644 f. befassen sich mit der Frage, welche Wirkung der Untergang oder die Verschlechterung des ganz oder teilweise hergestellten Werkes auf den Lohnanspruch ausüben. Diese Frage ist mit der ersten nicht identisch, bleibt doch in vielen Fällen trotz der Vernichtung des zunächst begonnenen oder schon fertiggestellten Werkes eine Neuherstellung möglich."

---

52) Der Unternehmer muß seine Schuldlosigkeit beweisen. So z. B. Oertmann, S. 998; Planck, S. 1083; Staudinger, S. 1000; Riezler, S. 151 sowie RG in SeuffA 48 Nr. 22.

1) Oertmann, Komm. S. 993 f.

Enneccerus-Lehmann schließt sich dieser Auffassung an, wonach „im § 644 I 1 BGB offenbar nur die Gefahr des ganz oder teilweise vollendeten Werkes, nicht aber die Gefahr der Unmöglichkeit einer Herstellung selbst" geregelt ist.[2])

Demgegenüber weist Meyer darauf hin, daß sich zwar theoretisch die Gefahr des ganz oder teilweise vollendeten Werkes von der Unmöglichkeit der Herstellung trennen läßt. Trotzdem erscheint es ihm grundlos, „daß nur die erstere in § 644 geregelt werden soll unter Ausschluß der Fälle, in denen eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Auch die Struktur des Gesetzes spricht gegen die Annahme, daß in § 644 nur der Gefahr des vollendeten Werkes gedacht sei." Diese letzte Behauptung begründet er folgendermaßen: „In § 644 ist allgemein davon gesprochen, daß der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme zu tragen hat. Im folgenden Paragraphen (§ 645) ist nun aber davon die Rede, in welchen Fällen abweichend von der Grundregel der Unternehmer einen Anspruch auf teilweise Vergütung hat, wenn nämlich das Werk untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Die ausdrückliche Hervorhebung der Unausführbarkeit als Fall der Gefahrtragung läßt aber darauf schließen, daß auch im § 644 der Fall der Unausführbarkeit berücksichtigt worden ist.[3])

Welcher dieser beiden Ansichten wollen wir uns nun zur Beurteilung der oben angeschnittenen Frage anschließen?

Greifen wir zunächst auf die Gesetzesmaterialien zurück, so finden wir, daß weder in den Motiven noch in den Protokollen dazu Stellung genommen worden ist, ob der in § 644 I 1 BGB gebrauchte Begriff auf die Gefahr im nichttechnischen Sinne allein zu beschränken ist.[4]) Wegen der rein theoretischen Natur der aufgeworfenen Frage hat sich die Praxis hiermit überhaupt nicht beschäftigt. Es bleibt somit nur die Gegenüberstellung des Für und Wider der vorerwähnten verschiedenartigen Auffassungen der Rechtswissenschaft übrig.

Besonders auffällig ist in diesem Zusammenhang, daß es sowohl Oertmann wie Enneccerus-Lehmann unterlassen haben, ihre Lösung näher zu begründen. Demgegenüber stehen die eingehenden Ausführungen von Meyer, die so überzeugend sind, daß wir uns dieser Ansicht anschließen müssen. Wie wir bereits an anderer Stelle auseinandergesetzt haben, ist es zutreffend, daß in § 644 I 1 BGB die grundsätzliche Bestimmung für die Gefahrtragung beim Werkver-

2) Enneccerus-Lehmann, S. 545 f.
3) Meyer, S. 21 f.; vgl. auch Peill, S. 67; Martius, S. 59 ff.
4) Vgl. z. B. Motive II S. 497.

trage, in § 645 I BGB dagegen die Ausnahme von diesem Regelfall enthalten ist. Wenn wir uns weiter vor Augen führen, daß in der zuletzt genannten Bestimmung ausdrücklich von der „Unausführbarkeit eines Werkes" die Rede ist, so ist es naheliegend, daß auch im § 644 I BGB der Fall der Unausführbarkeit einer Werksleistung mit berücksichtigt worden ist. Hätte nämlich der Gesetzgeber diese Herstellungsgefahr nur in Bezug auf § 645 I BGB behandelt wissen wollen, so hätte er dies mit Rücksicht auf die enge Zusammengehörigkeit der beiden Vorschriften deutlicher zum Ausdruck bringen müssen. Hinzu kommt schließlich, daß, — wie wir in den späteren Erörterungen noch erkennen werden, — die Gefahr im nichttechnischen Sinne bei den nach Werkvertragsvorschriften zu behandelnden Verträgen von viel geringerer Bedeutung ist, als die im technischen Sinne. Gerade mit Rücksicht hierauf wäre es unbedingt erforderlich gewesen, daß der Gesetzgeber eine derartige Einschränkung des Gefahrbegriffes im Gesetzestext — § 644 BGB — hätte ausdrücklich hervorheben müssen.

Aus allen diesen Erwägungen heraus verdient die von Meyer vertretene Ansicht unsere ungeteilte Zustimmung, so daß wir damit auch zu dem Ergebnis kommen, daß § 644 I 1 BGB sowohl für die Gefahr im technischen wie auch für die im nichttechnischen Sinne zu verwenden ist. Es ist daher für den vorerwähnten Gefahrbegriff vollständig gleichgültig, ob der Unternehmer durch den zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes von seiner Leistungsverpflichtung befreit wird oder nicht.[5])

2. Nach dieser grundsätzlichen Festellung bleibt nunmehr noch weiter zu prüfen, in welchem Verhältnis die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung zu den besonderen Gefahrtragungsvorschriften des Werkvertrages stehen.

a) Tritt durch den Untergang, Verschlechterung oder Unausführbarkeit eines Werkes eine Unmöglichkeit der Leistung ein, so würde schon nach den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Unternehmer nach § 275 BGB von seiner eigenen Herstellungspflicht befreit, er würde andererseits aber auch nach § 323 I BGB seinen Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung verlieren. Wir sehen also, daß insoweit die Sondervorschrift des § 644 I 1 BGB lediglich eine Bestätigung des aus den allgemeinen Grundsätzen folgenden Ergebnisses stellt.[6])

Liegt nun etwa die Bedeutung des § 644 BGB darin, daß der Unternehmer auch solche Zufälle mit seinem Vermögen tragen muß, „welche sich n a c h Erfüllung seiner Vertragspflichten — letztere be-

5) Vgl. hierzu auch Staudinger, S. 952; Riezler, S. 142 ff.
6) so insbes. Planck, S. 1077.

stehen in der Herstellung des Werkes (§ 631 I 1) und in der Vorleistungspflicht (§ 641 I 1 cf. § 320) — bis zur Billigung ereignen?“[7]) Es erhebt sich also m. a. W. die Frage, ob durch diese Bestimmung der Zeitpunkt des Gefahrüberganges abweichend von den sonst bei gegenseitigen Verträgen üblichen festgesetzt worden ist.

Nach den allgemeinen Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse geht die Vergütungsgefahr in dem Augenblick von dem Leistungsschuldner auf den Leistungsgläubiger über, in dem die geschuldete Leistung an den Gläubiger voll und ganz bewirkt ist. Voraussetzung ist hierfür aber, daß der Leistungsschuldner allen ihm auf Grund des Schuldverhältnisses obliegenden Verpflichtungen nachgekommen ist, insbesondere also die Leistung in der rechten Weise, am rechten Ort und zur rechten Zeit erbracht hat.

Was bedeutet nun diese Feststellung für den Werkvertrag?

Wie aus dem § 631 I und § 641 I 1 BGB klar hervorgeht, beschränkt sich die schuldnerische Leistungsverpflichtung des Unternehmers regelmäßig auf die Herstellung eines abnahmefähigen Werkes. Alsdann ist er erst berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, er ist also insoweit vorleistungspflichtig. Der Ort, an dem der Werkvertrag zu erfüllen ist, bestimmt sich grundsätzlich nach § 269 II BGB, wonach bei Fehlen einer besonderen Abmachung die Leistung des Unternehmers stets dort zu erfolgen hat, wo er seine gewerbliche Niederlassung besitzt. Eine Ausnahme gilt dem Wesen des Werkvertrages entsprechend insbesondere für die Fälle, in denen der Leistungsgegenstand auch während der Arbeitsdauer im Besitz des Bestellers verbleibt, da hier die Erfüllung des Schuldverhältnisses von seiten des Unternehmers allein in der Wohnung bzw. gewerblichen Niederlassung des Bestellers erfolgen kann.

Was schließlich die Leistungszeit anbetrifft, so sind in erster Linie die vertraglichen Abmachungen maßgebend, da eine sofortige Bewirkung gemäß § 271 BGB regelmäßig schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Unternehmer das Werk überhaupt erst herstellung muß. In vielen Fällen[8]) werden die Parteien somit gleich bei Vertragsabschluß vereinbaren, bis zu welchem näher bezeichneten Tag der Unternehmer spätestens die Werkleistung herzustellen hat, in anderen wird dieser Leistungszeitpunkt sich dagegen aus den Umständen ergeben. In den zuletzt erwähnten Fällen muß indessen der Unternehmer seinen Vertragsgegner von der Fertigstellung des Leistungsgegenstandes in Kenntnis setzen, da jener sonst außerstande

7) Dochnahl, S. 302; desgl. Schäfer, S. 37.
8) Vgl. dazu z. B. S. 13 der Arbeit.

ist, das Werk dem Gesetz entsprechend abzunehmen. Da nun diese Mitteilung regelmäßig erst dann erfolgt, wenn das Werk bereits hergestellt ist, wird in diesen Fällen ein gewisser zeitlicher Zwischenraum zwischen der Vollendung und der Abnahme des Leistungsgegenstandes liegen. Geht nun gerade das Werk in dieser Zeitspanne durch Zufall unter, so muß der Unternehmer auch diesen Schaden mit seinem Vermögen tragen, obgleich er mit der Vollendung der Arbeit bereits sämtliche ihm vertraglich obliegende Verpflichtungen erfüllt hat.[9]) Selbstverständlich kann dies aber auch für die Fälle zutreffen, in denen der Unternehmer aus irgendwelchen Gründen bereits vor dem eigentlichen vereinbarten Leistungszeitpunkt das Werk fertiggestellt hat, da ja die alsbaldige Abnahme regelmäßig schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Besteller von der Fertigstellung keine Ahnung hat.

Insoweit hat dann also Dochnahl mit seiner Feststellung recht, daß der § 644 BGB von den Allgemeinbestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung abweicht, als hier „der Unternehmer auch die Zufälle zu tragen hat, die sich nach Erfüllung seiner eigentlichen Vertragspflichten bis zur Billigung ereignen."

Selbstverständlich kann es nun der Unternehmer in allen vorgenannten Fällen zu einrichten, daß dieser fragliche Zwischenraum in Wegfall kommt, indem er erst die Leistung zu dem festgesetzten oder nachträglich bekannt gegebenen Tage fertigstellt. Nimmt dann der Besteller das Werk nicht rechtzeitig ab, so gerät er hierdurch in Annahmeverzug, (§§ 294, 296 BGB), was aber wiederum den in § 644 I 2 BGB vorgesehenen Uebergang der Vergütungsgefahr zur Folge hat. Bei dieser Sachlage fallen also die Zeitpunkte des Gefahrüberganges wieder zusammen, § 644 I 1 BGB bringt insoweit nichts Neues. Dieses letzte Ergebnis gilt auch für die Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen (§ 651 I 2 letzter Halbsatz), da dort der Unternehmer ausdrücklich verpflichtet ist, das fertige Werk dem Besteller zum Zwecke der Eigentumsverschaffung zu übertragen.[10]) In diesen Fällen kommt also der Unternehmer seiner vertraglichen Verpflichtung erst dann vollständig nach, wenn er das abnahmefähige Werk, — meist wiederum an dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung — dem Besteller in vorerwähntem Sinne übergibt. Ist dies aber der Fall dann stimmen auch insoweit entgegen der Ansicht von Dochnahl die Sondervorschriften des Werkvertrages mit denen über die Unmöglichkeit bei den gegenseitigen Schuldverhältnissen überein.

---

9) so auch der Fall g des Beispiels, S. 13 d. Arb.

10) Diese Schuldnerverpflichtung ergibt sich aus § 651 I BGB, da diese Bestimmung für sämtliche Arten der Werklieferungsverträge — also auch für die des S. 2 — gilt. So z. B. Riezler, S. 68.

b) In den bisherigen Erörterungen über das Verhältnis der allgemeinen Unmöglichkeitsbestimmungen zu den besonderen Werkvertragsvorschriften sind wir davon ausgegangen, daß durch das zufällige Ereignis eine vollständige Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung bewirkt wird. Wie steht es nun aber mit diesem Verhältnis, wenn nur ein Teil des Werkes zerstört wird? Kann in diesen Fällen der Unternehmer wenigstens für den möglich gebliebenen Teil des Werkerfolges entsprechend dem § 323 I letzter HS. BGB eine teilweise Vergütung verlangen?

α) Auszuscheiden haben in diesem Zusammenhang alle die Fälle, in denen sich die zu erbringende Leistung nach § 641 I 2 BGB aus einzelnen Teilleistungen zusammensetzt, wobei die Vergütung für die Einzelleistung jeweils gesondert festgesetzt ist. In Wirklichkeit liegt hier nur eine Häufung von Einzelwerkverträgen vor. Bestellt jemand z. B. die Anfertigung zweier Anzüge aus einem von ihm selbst gelieferten Stoffe, vereinbart aber gleichzeitig für jeden Anzug den entsprechenden Arbeitslohn, dann liegt ein solcher Vertrag vor.

Hat nun der Schneidermeister bereits einen Anzug fertiggestellt und an den Besteller geliefert, so hat er gemäß § 641 I BGB einen Anspruch auf Zahlung der hierfür vereinbarten Vergütung selbst dann, wenn ihm die Anfertigung des andern Kleidungsstückes infolge eines Schadenfeuers unmöglich gemacht wird. Bei dieser Sachlage kann man m. E. überhaupt nicht von einer teilweisen Unmöglichkeit sprechen, weil ja nach dem Parteiwillen die Einzelverträge etwas vollständig in sich Geschlossenes bilden, somit also höchstens von der Unmöglichkeit der Herstellung „weiterer" oder „anderer" Werkleistungen die Rede sein kann.[11])

β) Nach der herrschenden Begriffsbestimmung[12]) liegt eine teilweise Unmöglichkeit nur dann vor, wenn die Leistung als solche „juristisch teilbar" ist. Dies ist aber nicht allein dort anzunehmen, wo die Leistung selbst in verschiedene Einzelteile zerlegt sein kann, sondern auch dort, wo sich jemand durch einen Vertrag verpflichtet, mehrere Leistungen zu erbringen, wobei aber die Gegenleistung stets so einheitlich festgesetzt ist, daß man aus ihr den Wert der einzelnen Teilleistungen nicht zu entnehmen vermag. Jedoch ist auch in diesen Fällen die teilweise Unmöglichkeit einer vollständigen gleichzusetzen, wenn nach dem Willen der Parteien die Leistung nur in ihrer Gesamtheit für den Gläubiger von Interesse[13]) ist. Was be-

11) Vgl. hierzu Planck, S. 1080; Staudinger S. 993; Kisch, Unmöglichkeit, S. 70; Dochnahl, S. 303.

12) Vgl. hierzu Staudinger, S. 480; Oertmann, S. 275; Kisch, Unmöglichkeit, S. 164 f.; a. A. Schöller, in Gruch. 45, S. 540 ff.

13) Kisch, S. 161 ff.; Riezler, S. 148; Kleineidam, S. 94.

deutet dies nun aber für den Werkvertrag? Ist denn dort überhaupt rein begriffsmäßig eine derartige teilweise Unmöglichkeit denkbar, da es ja gerade die Eigenart dieses Vertrages ist, daß er die Erreichung eines bestimmten Enderfolges zum Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung hat, Regelmäßig stellt nun ein solcher etwas Einheitliches, d. h. Unteilbares dar. Aus dieser Erwägung heraus kommt ein großer Teil der Rechtslehre zu dem Ergebnis, daß eine teilweise Unmöglichkeit grundsätzlich mit dem Wesen des Werkvertrages nicht in Einklang gebracht werden kann und daher überhaupt nicht möglich ist[14]), zumal „dem Interesse des Unternehmers, nicht umsonst gearbeitet zu haben, das des Bestellers gegenübersteht, der regelmäßig eine Vergütung nur für den Fall verspricht, daß er das ganze Werk so erhält, wie er es bestellt hat.[15])

Jedoch sollen nach einigen Schriftstellern besondere Ausnahmen zugunsten der Fälle gelten, in denen ein Gesamtarbeitserfolg, d. h. eine Summe von Einzelarbeitserfolgen, den Gegenstand des abgeschlossenen Werkvertrages bilden. Hierbei ist aber — um dies noch einmal hervorzuheben — nicht an die durch den § 641 I 2 BGB geregelten Fälle zu denken, weil hier ja im Gegensatz zu diesen die vom Besteller zu gewährende Vergütung nicht für jede Einzelleistung gesondert, sondern nur für den Gesamterfolg als solchen vereinbart ist.

Riezler denkt in diesem Zusammenhang an einen Werkvertrag, in dem jemand bei einem Annoncenbüro das Einrücken eines Inserates in 10 verschiedene Tageszeitungen zu einem Gesamtpreis von 200 RM aufgegeben hat, jedoch kann tatsächlich nur in 8 Blättern inseriert werden, weil 2 Zeitungen ihr Erscheinen eingestellt haben. Auch ist in dem vorerwähnten Anzugbeispiel vorstellbar, daß der Besteller für die Anfertigung der beiden Anzüge einen Gesamtmacherlohn vereinbart hat. Muß er nun bei der zufälligen Vernichtung des noch nicht abgenommenen Anzuges wenigstens für den verschont gebliebenen Anzug eine entsprechende teilweise Vergütung entrichten?

Bei der Prüfung der vorliegenden Frage wollen wir auf unsere bisherigen Ausführungen insoweit zurückgreifen, als wir wiederholen, daß eine juristisch teilbare Leistung einer unteilbaren gleichzusetzen ist, wenn sämtliche Teilleistungen nur in ihrer Gesamtheit für den Besteller von Interesse sind. Mit Rücksicht auf die ausdrückliche Bestimmung des § 641 I 2 BGB könnte man nämlich die Schlußfolge-

14) so bes. Staudinger, S. 992 f.; Titze, Unmöglichkeit, S. 177; Dochnahl, S. 303; Peill, S. 68; Siber, S. 337; beachte ferner Rümelin, S. 86 ff.; Enneccerus-Lehmann, S. 545; Wüstendörfer, S. 339 f.; Oertmann, S. 995; Nikisch, S. 72 f.

15) Planck, S. 1078 ff.

rung ziehen, daß bei Vereinbarung einer Gesamtvergütung für mehrere Einzelleistungen die Parteien zu erkennen gegeben haben, daß der Besteller lediglich an der Erfüllung s ä m t l i c h e r Leistungen Interesse hat. In einem solchen Falle müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß insoweit eine teilweise Unmöglichkeit nicht denkbar ist. Einer solchen Lösung versagen aber etliche Schriftsteller ihre Zustimmung. Insbesondere vertritt Rümelin[16]) den entgegengesetzten Standpunkt, indem er darauf hinweist, daß auch beim Kaufvertrag der Vertrag auf eine ganze Leistung gerichtet ist, daß man aber in einem teilweisen Untergang oder in einer teilweisen Verschlechterung des Leistungsgegenstandes keine völlige, sondern nur eine teilweise Unmöglichkeit erblickt. Hieraus folgert er, daß man dem Unternehmer wenigstens dann eine entsprechende teilweise Vergütung zubilligen müsse, wenn der übrigbleibende Teilerfolg für den Besteller etwas selbständig Wertvolles bedeutet. Zur weiteren Begründung dieses Ergebnisses zieht er noch Billigkeitserwägungen heran, da es nach seiner Ansicht zu unerträglichen Härten führen würde, wenn der Besteller diese für ihn wertvolle Teilleistung nicht honorieren würde.[17]) Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Staudinger, wenn er schreibt[18]): „Man wird aber dem Unternehmer einen entsprechenden Teil der Vergütung immer dann geben müssen, wenn die betreffende Werkleistung für den Besteller von Wert ist; aus § 645 I 2 lassen sich keine Gegengründe ableiten. Diese Lösung entspricht dem sozialen Rechtsgefühl."

Diese vorhergehenden Erwägungen sind billigenswert, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß insoweit die grundsätzliche Gefahrtragungsvorschrift des § 644 I 1 BGB zugunsten des Unternehmers abgeändert wird. Dies läßt sich jedoch damit rechtfertigen, daß es andererseits wieder sehr unbillig und hart wäre, wenn der Besteller mit dem möglich bleibenden Werkerfolg etwas erlangen würde, was für ihn wirtschaftlich bedeutungsvoll ist, ohne aber dafür eine entsprechende Gegenleistung erbringen zu müssen. Ist daher z. B. das Einrücken der betreffenden Zeitungsanzeige nur in 8 verschiedenen Zeitungen möglich, so ist der tatsächlich erreichte Erfolg zwar etwas geringer, jedoch stets noch so wertvoll, daß er eine entsprechende Gegenleistung rechtfertigt. Das gleiche gilt auch für den vorerwähnten Anzugfall, da es auch hier dem gesunden Rechtsempfinden des

16) S. 83 ff.

17) Rümelin, S. 85; dazu Stern, S. 130 f.; Riezler, S. 148; Dochnahl, S. 303.

18) S. 993; ähnlich auch Oertmann, a. a. O. vgl. auch Enneccerus-Lehmann, S. 545.

Volkes widersprechen würde, wenn man dem Schneider für den nicht vernichteten Anzug den entsprechenden Macherlohn versagen würde.

Allein aus diesen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen heraus müssen wir in den vorgenannten Fällen die allgemeinen Vorschriften über die teilweise Unmöglichkeit zur Ergänzung der besonderen Gefahrtragungsbestimmungen heranziehen. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer für den möglich bleibenden Rest des Werkerfolges stets dann eine nach § 323 I letzter Halbsatz BGB zu errechnenden Teilvergütung verlangen kann, wenn dieser für den Besteller wirtschaftlich von Wert ist. In allen anderen Fällen dagegen bleibt es bei der grundsätzlichen Regelung des § 644 I 1 BGB[19]).

c) Wenn wir uns nun noch einmal der eingangs aufgeworfenen Frage zuwenden, ob wir das aus dem § 644 I 1 BGB für die Gefahrtragung beim Werkvertrage folgende Ergebnis nichts bereits aus den allgemeinen Unmöglichkeitsbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der Eigenart dieses Vertrages entnehmen können, so sehen wir, daß dies nur in beschränktem Maße zutrifft. Wir können daher zusammenfassend feststellen, daß das Verhältnis der allgemeinen Bestimmungen zu den besonderen Gefahrtragungsvorschriften des Werkvertrages dahin zu verstehen ist, daß „bei einer Gefahr im technischen Sinne die allgemeinen Vorschriften zur Ergänzung der besonderen herangezogen werden müssen."[20])

Ihre eigentliche Bedeutung hat die vorgenannte Sonderbestimmung — wie bereits erwähnt — für die Gefahr im nichttechnischen Sinne, d. h. also für die Fälle, in denen das ganz oder teilweise hergestellte Werk zwar gleichfalls durch das zufällige Geschehen beschädigt oder vernichtet wird, wo es aber dem Unternehmer möglich ist, eine vertragsgemäße Leistung entweder durch Ausbesserung des ursprünglichen oder Herstellung eines neuen Leistungsgegenstandes zu erbringen. Wann dies nun im einzelnen zutrifft, werden wir im nächsten Abschnitt zeigen. Der dem Unternehmer entstehende Schaden besteht also hier einzig und allein darin, daß er für die bis zum Eintritt des Schadensfalles geleistete Arbeit sowie etwa gemachte Aufwendungen keinerlei Ersatz verlangen kann.

19) Vgl. dazu aber auch Planck, S. 1080! OLG Hamburg, in HansRZ 1923, S. 70.

20) Planck, S. 1077.

E. Die Pflicht und das Recht des Unternehmers auf Wiederherstellung nach dem zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes.

Ebensowenig wie die römischen Rechtsquellen gibt das BGB eine Beantwortung der Frage, ob der Unternehmer in den Fällen, in denen eine Gefahr im nichttechnischen Sinne vorliegt, verpflichtet oder berechtigt ist, ein neues den Vertragsabreden entsprechendes Werk herzustellen.

Die Motive begründen das Schweigen des Gesetzes damit, „daß es zu schwierig und fast unmöglich sei, eine für alle Fälle passende Entscheidung zu treffen".[1]) Aus diesem Grunde überlassen sie die Beantwortung jener Frage allein den besonderen Vereinbarungen der Parteien. Es heißt dort weiter: „Ob, wenn eine neue Ausführung des Werkes an sich möglich ist, der Unternehmer das Recht und die Pflicht hat, ein neues Werk herzustellen, hängt von dem besonderen Inhalt des Vertrages ab."

Um Mißverständnisse auszuschließen, weist nun insbesondere Korintenberg darauf hin, daß die §§ 644 ff. BGB sich lediglich mit der Frage beschäftigen, inwieweit der Unternehmer für den durch Zufall vernichteten oder beschädigten Leistungsgegenstand den vereinbarten Lohn beanspruchen kann oder nicht.[2]) Keineswegs wird also hierdurch die weitere Frage geklärt, ob denn der Unternehmer auf Grund des nach wie vor bestehenden Werkvertrages verpflichtet bzw. berechtigt ist, eine Neuherstellung des Werkes zu bewirken.

1. Infolge des Fehlens von besonderen gesetzlichen Vorschriften[3]) bildet die oben angeschnittene Frage wiederum den Gegenstand von verschiedenen Lehrmeinungen, die sich in folgende drei große Gruppen einteilen lassen:

a) Der Reichsgerichtsrätekommentar[4]) billigt in Uebereinstimmung mit den Motiven dem Besteller einen Anspruch auf Wiederherstellung nur dann zu, wenn dies auf Grund b e s o n d e r e r vertraglicher Abmachungen ausdrücklich zum Gegenstand der gegenseitigen schuldrechtlichen Beziehungen gemacht ist. Fehlt aber eine derartige ausdrückliche Abrede, dann soll nach der vorerwähnten Ansicht der Unternehmer niemals das Recht oder die Pflicht haben, ein neues Werk herzustellen.

1) Motive, S. 498 f.

2) Korintenberg, S. 138 ff.; Dochnahl, S. 302 f.

3) Dies ist allgemein anerkannt: Riezler, S. 144 f.; Oertmann, S. 993; Planck, S. 1079; Staudinger, S. 995; Rümelin, S. 76 ff.

4) RGRK S. 329; a. A. A. Enneccerus-Lehmann, S. 546; Oertmann a. a. O.

Diese Lösung hat in der Rechtswissenschaft keinen nennenswerten Anklang gefunden. Wohl als einziger billigt Vogels[5]) dieses Ergebnis, aber auch nur insoweit, als es sich um Spezieswerkleistungen handelt, weil bei diesen durch die Inangriffnahme des herzustellenden Werkes eine Konzentration des Schuldverhältnisses auf einen bestimmten Leistungsgegenstand bereits eingetreten ist.

b) Planck sowie Staudinger[6]), die man als Vertreter der zweiten Lehrmeinung ansprechen kann, gehen davon aus, daß für einen Wiederherstellungsanspruch des Bestellers in erster Linie der Inhalt des abgeschlossenen Werkvertrages maßgebend sein soll. Enthält dieser aber keine derartige ausdrückliche Bestimmung, dann „ist er unter Beachtung der gegenseitigen Interessen gemäß § 157 BGB ergänzend auszulegen." Entspricht es somit dem Willen der beiden Parteien, daß der Unternehmer nur zu einer einmaligen Leistung verpflichtet sein soll, dann erlischt mit dem Untergang des betreffenden Leistungsgegenstandes gleichzeitig die schuldnerische Leistungsverpflichtung, ganz gleich, ob diese objektiv noch möglich ist oder nicht. Andernfalls soll die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers mit Ausnahme der Fälle bestehen bleiben, in denen „die Neuherstellung dem Unternehmer technisch und wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann."

Riezler kommt in Fortführung des Gedankens, daß die Parteien bei Vertragsschluß den Eintritt von schädigenden Zufällen meist nicht ins Auge fassen und darum keine besonderen Abreden dafür treffen, zu dem Ergebnis[7]), daß „stets das pflichtgemäße richterliche Ermessen entscheiden muß, ob die Leistungspflicht des Unternehmers mit dem Eintritt des zerstörenden Zufalls erschöpft ist oder nicht. Der im römischen Recht mehrfach zum Ausdruck gelangte Gedanke, daß in dubio die dem Schuldner minder lästige Verpflichtung anzunehmen sei, wird auch hier seine innere Berechtigung erweisen und häufig zur Verneinung einer Verpflichtung des Unternehmers führen."

Wüstendörfer[8]) geht bei seinen umfangreichen Untersuchungen hinsichtlich der mit der Seeschiffahrt im Zusammenhang stehenden Werkverträge davon aus, daß es zwischen den reinen Spezies- und den reinen Gattungsschulden noch verbindende Mittelstufen gibt,

5) in DJZ 15, S. 1083 ff.

6) Planck, S. 1079; Staudinger, S. 995.

7) Riezler, S. 144 f.; aber auch Rümelin, S. 80 ff.

8) Das Problem der hinkenden Speziesschuld, in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 28 S. 241 ff.; ders. Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues in HansRZ 1917, Sp. 105 ff. u. s. f.

bei denen die Elemente der einen oder der anderen Art in das in Frage stehende Schuldverhältnis mit hineinspielen. Er bezeichnet dieses rechtliche Zwittergebilde als „hinkende Spezies- bzw. hinkende Gattungsschulden."

Was die hier interessierende Wiederherstellungspflicht, die Wüstendörfer „Ersatzwerkgefahr" nennt, anbetrifft, so soll für die Anwendung der §§ 275 bzw. 279 BGB lediglich das „Ueberwiegen" der Spezies- oder der Gattungselemente maßgebend sein. Wann dies nun im Einzelfall zutrifft, erläutert er an folgenden Beispielen[9])

1. Wird bei einer Werft der Bau eines Schiffes nach individuellen Abmessungen und Bauzeichnungen in Auftrag gegeben, so wird zwar ein Schiff dieser individuellen Bauart geschuldet, jedoch liegt zunächst keine Speziessache vor, da „das Baumaterial in der Regel nicht einem konkreten Materialvorrat zu entnehmen, sondern lediglich gattungsmäßig bestimmt ist. Diese Gattungsschuld nimmt nun in dem Maße, wie der Bau fortschreitet, allmählich Elemente einer Speziesschuld in sich auf, sie ist eine hinkende Gattungsschuld." Fällt nun dieses Schiff während des Baues einer zufällig ausbrechenden Feuersbrunst zum Opfer, — ohne daß hierdurch gleichzeitig die Betriebsfähigkeit der Werft Schaden erleidet, dann soll entsprechend dem Vorherrschen des gattungsmäßig Bestimmten in der Leistung der § 279 BGB zur Anwendung kommen, wonach also der Unternehmer ein neues Schiff herzustellen hat.
2. Im Verlaufe des Fortschreitens des Baues — spätestens aber beim Stapellauf des Schiffes — soll nun aus dieser hinkenden Gattungsschuld eine hinkende Speziesschuld werden. Hierbei vollzieht sich diese Umbildung nicht „als Leistung des Erforderlichen seitens des Schuldners (§ 243 II BGB), sondern kraft Vertragsauslegung und Berücksichtigung von Treu und Glauben, also eine Schuldinhaltsänderung, die von vornherein im Bauvertrage vorgesehen ist."

Läuft daher nach dem Stapellauf das insoweit fertiggestellte, aber noch nicht abgenommene Schiff anläßlich einer Probefahrt auf eine Treibmine, dann soll die Schiffswerft nicht mehr verpflichtet sein, ein neues Schiff herzustellen, weil gemäß § 275 BGB eine Befreiung des Schuldners von seiner Leistungsverpflichtung eingetreten ist. Zerstört dagegen — auch nach dem vorerwähnten Zeitpunkt — ein Schadenfeuer „das schon fertiggestellte Treppenhaus im Schiffsinnern, so hat die Werft grundsätzlich nochmals zu leisten. Denn insoweit überwiegt noch immer das Gattungsmäßige in der

9) Wüstendörfer, Problem, S. 241 ff.; dazu auch HansRZ 1917, Sp. 517 ff.

Leistungspflicht. Mit dem einmaligen Einbau der individuellen Inneneinrichtung war das Schuldverhältnis in dieser Beziehung noch nicht gemäß § 243 II BGB konkretisiert . . ., denn die Gattungs elemente ihrer Leistungspflicht sind mit den Spezieselementen zusammengeschlossen zu einem einheitlichen Schuldverhältnis durch das begriffliche Band des Erfolgversprechens aus dem Werkvertrage."

Daß für die hier interessierende Frage allein der Zeitpunkt des Stapellaufes rechtlich erheblich ist, ist nicht unbestritten geblieben. Vor allem wendet sich Kottmeier[10]) hiergegen, indem er ausführt: „Denn in welchem Baustadium man das Schiff ablaufen läßt, das hängt nicht nur von bautechnischen, sondern auch — und vielfach in erster Linie — von sonstigen mit dem Bau überhaupt nicht im Zusammenhang stehenden Gesichtspunkten ab, so insbesondere von der Wassertiefe vor der Helling, dem zur Verfügung stehenden Auslaufsraum, endlich auch der mehr oder weniger günstigen Lage der Ausrüstungswerkstätten zur Helling, der Kaibelegung mit andern Schiffen in der Werft u. a. m. So laufen manche Schiffe gleich nach der Fertigstellung der Außenhaut und der beim Stapellauf sehr beanspruchten Längsverbände ab, andere erst in nahezu fertigem Zustande"[11]). Weiterhin wendet sich Kottmeier gegen die Behauptung von Wüstendörfer, daß „nach der Auffassung der Schiffskreise" spätestens in dem Zeitpunkt des Stapellaufes eine Speziesschuld ins Leben tritt. Nach seiner aus der Praxis herrührenden Ansicht stellen sich nämlich die Parteien bereits bei Vertragsabschluß das fertige Schiff vor und machen dieses allein zum Gegenstand des Vertrages. Für den Reeder ist der Vertragszweck, das fertige Schiff zu bekommen. Was auf der Werft bis zur Fertigstellung des Schiffes vor sich geht, interessiert ihn nicht. Aus dieser Erwägung heraus vertritt Kottmeier die Ansicht, daß hierdurch der Konstruktion von Wüstendörfer die Grundlage genommen ist, da man „auf eine Leistung, die von ihrer Entstehung an Speziesleistung ist, unmöglich eine Theorie anwenden kann, die von der Voraussetzung ausgeht, daß im ersten Baustadium eine Gattungsschuld anzunehmen sei."

Zur Beantwortung der eingangs angeschnittenen Frage, ob der Unternehmer bei einer zufälligen Vernichtung des Leistungsgegenstandes zur Neuherstellung verpflichtet ist, nimmt Kottmeier gleichfalls seine Zuflucht zur Vertragsauslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.[12])

10) Kottmeier, Die Neuherstellungspflicht des Unternehmers im Seeschiffsbauvertrag. In HansRZ 1924, Sp. 401 ff.

11) Kottmeier, Sp. 410; dazu auch Korintenberg, S. 147 Anm. 123.

12) Kottmeier, Sp. 411 ff.; beachte die dort gemachten Ausführungen, wonach der Richter stets darauf zu achten hat, ob der Neubau gegen

c) Demgegenüber stehen die Schriftsteller der dritten Gruppe auf dem Standpunkt, daß der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet ist, ein neues Werk herzustellen.

Oertmann[13]) begründet dieses Ergebnis mit der Erwägung, daß doch bei einer noch möglichen Neuherstellung die §§ 644 f. BGB den Vertrag als solchen vollständig bei Kräften lassen, da sich ein Erledigungsgrund für ihn nicht finden läßt. Er schränkt aber diese grundsätzliche Regelung wieder dahingehend ein, daß die Vernichtung des Werkes den ganzen Vertrag immer dann beseitigt, „wenn dadurch entweder für den Werkmeister oder für den Besteller die Erfüllung seiner Vertragspflichten . . . wesentlich, dem konkreten Vertragsinteresse zuwider erschwert wird."

Enneccerus-Lehmann[14]), der auch die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers grundsätzlich bejaht, ist gleichfalls der Ansicht, daß diese Verpflichtung in Abweichung von dem Regelfall stets dann entfällt, wenn die Neuherstellung nicht zumutbar bzw. nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand möglich ist.[15])

Korintenberg[16]), der hinsichtlich dieser Frage in neuester Zeit umfangreiche Ermittlungen angestellt hat, entnimmt eine derartige Wiederherstellungsverpflichtung aus der primären Vertragspflicht des Unternehmers auf Herbeiführung des vereinbarten Erfolges. Zwar gibt auch Korintenberg zu, daß die Parteivereinbarungen auf einen einmaligen Erfüllungsversuch des Unternehmers hinzielen können und deshalb im Falle seines Mißlingens eine Befreiung des Unternehmers eintritt. Jedoch ist dies die Ausnahme. Regelmäßig kommt es dem Besteller allein auf die Erreichung des vollen Vertragszieles an, so daß es ihn nichts angeht, ob „der erste Versuch des Unternehmers, das Erfüllungsziel zu erreichen, geglückt oder ganz oder teilweise mißlungen ist."[17]) Stehen indessen Treu und Glauben dem Neuherstellungsanspruch des Bestellers entgegen, so soll sein Verlangen an den Grenzen der Zumutbarkeit scheitern.

Aus den vorangegangenen Erwägungen heraus bejaht dieser Schriftsteller andererseits auch die Berechtigung des Unternehmers auf Wiederherstellung eines neuen Werkes, „soweit nicht bei gerech-

---

Feuers- und Seegefahr versichert ist. Wenn dies der Fall ist, sollen die Parteien stets an eine etwaige nochmalige Herstellung gedacht haben. Demzufolge soll der Unternehmer in diesen Fällen auch zur Neuherstellung grundsätzlich verpflichtet sein.

13) so Oertmann, Komm. S. 993; ders., Zufall, S. 60; vgl. dazu auch Planck, Staudinger, (S. 43 d. Arb.).

14) Enneccerus-Lehmann, S. 546; desgl. Kreß, Lehrb. des Bes. Schuldrechts S. 192.

15) Enneccerus-Lehmann, drückt dies dahingehend aus, daß der Unternehmer zur Wiederherstellung nur dann verpflichtet ist, „soweit die Neuherstellung zumutbar und ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist."

16) S. 138 ff., bes. S. 143 f.

17) Korintenberg, S. 149 f.

ter Abwägung der beiderseitigen Vertragsinteressen das Interesse des Bestellers (insbesondere durch die infolge der zur Neuherstellung notwendigen Zeit) stark beeinträchtigt wird."

Dochnahl[18]), der bereits für das römische Recht die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers bejaht hat, folgert dieses Ergebnis auch für das heutige Recht aus dem Wesen des Werkvertrages und den allgemeinen Grundsätzen. Danach hat nämlich der Unternehmer ein Arbeitsresultat versprochen, er wird nur durch Erfüllung oder Unmöglichkeit hiervon befreit. „Ist der Unternehmer somit regelmäßig zur Wiederherstellung verpflichtet, so ist er billigerweise auch dazu berechtigt. Uebrigens geht auch dies aus dem Wesen des Werkvertrages hervor. Denn der Besteller hat die Vergütung für ein Arbeitsprodukt versprochen; ob sich der Herstellung desselben Schwierigkeiten in den Weg stellen, ob es erst mißlingt, dann erst gerät, danach hat der Besteller nicht zu fragen, wenn ihm nur schließlich auf irgendeine Weise das Werk vertragsmäßig geliefert wird."

2. Nachdem wir uns somit einen Gesamtüberblick über die in der Rechtswissenschaft hinsichtlich der eingangs aufgeworfenen Frage vorhandenen Ansichten verschafft haben, bleibt nunmehr zu klären, welche Lehrmeinung den Vorzug verdient.

a) Von vornherein sollen hier die Werkverträge außer Betracht bleiben, in denen sich die Parteien bereits bei Vertragsabschluß dahingehend geeinigt haben, daß der Unternehmer selbst bei einem zufälligen Untergang des Werkes verpflichtet sein soll, ein neues gleicher Art und Güte herzustellen. Wie nun aber bereits u. a. von Riezler[19]) mit Recht hervorgehoben worden ist, werden derartige Vertragsabreden nur sehr selten sein, da die Parteien im Augenblick des Vertragsabschlusses regelmäßig nicht daran denken, daß ein etwaiger Zufall das in Aussicht genommene Werk vernichten könnte. Sogar bei großen Wertobjekten, wie sie namentlich beim Schiffsbau vorzukommen pflegen, müssen die Kenner[20]) der in den Schiffahrtskreisen geltenden Anschauungen feststellen, daß solche Abreden, die Werft solle nur zu einer einmaligen Leistung verpflichtet sein, ihnen niemals begegnet sind. Wenn das aber schon in diesen Fällen nicht vorzukommen pflegt, dann läßt sich daraus die Schlußfolgerung ziehen, daß bei wertloseren Leistungsgegenständen derartige Vereinbarungen so gut wie gar nicht vorkommen werden.

b) Fehlt es aber an einer solchen ausdrücklichen Parteiabrede, dann muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der zufällige Untergang eines noch nicht abgenommenen Leistungsgegen-

18) Dochnahl, S. 282 ff., 304.
19) Vgl. oben S. 43 d. Arb.
20) Wüstendörfer, in HansRZ 1917, Sp. 519 z. B.

standes von sich aus nicht das Erlöschen der gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen mit sich bringt. In diesen Fällen kann vielmehr eine Befreiung des Unternehmers von seiner Leistungsverpflichtung nur dann eintreten, wenn die Herstellung eines neuen Werkes unmöglich ist, da ja bei dieser Sachlage das Schuldverhältnis selbst nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 275, 323 BGB zwangsläufig sein Ende findet.[21])

Voraussetzung ist dabei aber, daß das in Mitleidenschaft gezogene Werk bereits den Gegenstand eines Speziesschuldverhältnisses bildete, weil anderenfalls bei dem Vorliegen einer Gattungsschuld an die Stelle jenes § 275 BGB der § 279 BGB treten würde. Dies hätte zur Folge, daß insoweit eine Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung nicht eingetreten wäre, weil eine solche erst dann erfolgen kann, wenn die Leistung auch aus der Gattung unmöglich ist. Somit bleibt zu prüfen, ob die Beantwortung der oben angeschnittenen Frage auf Neuherstellung nicht einzig und allein davon abhängt, ob das zufällig vernichtete Werk den Gegenstand eines Gattungs- bzw. Speziesschuldverhältnisses ausmachte.

Wie wir in den früheren Untersuchungen feststellen konnten, finden wir derartige Gedankengänge schon bei Vogels und Wüstendörfer, da es beide Schriftsteller für die Befreiung des Unternehmers von dieser Wiederherstellungspflicht allein darauf abstellen, ob der in Mitleidenschaft gezogene Leistungsgegenstand bereits eine Speziesschuld darstellte. Während nun Vogels die Konkretisierung des Schuldverhältnisses auf den in Arbeit befindlichen Gegenstand schon in dem Augenblick der Inangriffnahme des Werkvertrages vor sich gehen lassen will, soll sie nach Wüstendörfer erst dann erfolgen, wenn die Spezieselemente in dieser Gattungsschuld überwiegen (z. B. Stapellauf des Schiffes). Es bleibt daher zu untersuchen, ob die Voraussetzungen, die jene beiden Rechtslehrer ihren diesbezüglichen Erörterungen zugrundelegen, auch tatsächlich zutreffen.

a) Was zunächst die Werklieferungsverträge über eine nicht vertretbare Sache anbetrifft, die gemäß § 651 I *2* BGB hinsichtlich der Gefahrtragung wie die eigentlichen Werkverträge zu behandeln sind,[22]) so ist dies verneinend zu beantworten, da bei derartigen Schuldverhältnissen die Konkretisierung erst in einem viel späteren Zeitpunkt als dem oben dargelegten eintritt.

21) Diese Ueberlegungen allein reichen schon aus, um die Haltlosigkeit der oben dargelegten Ansicht des RGRK nachzuweisen.

22) Handelt es sich um einen „Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache" (§ 91 BGB), so sind gemäß § 651 I 2 BGB unter Ausschluß der Werkvertragsvorschriften nur die des Kaufvertrages anwendbar. Da nun aber in der hier vorliegenden Abhandlung lediglich solche

Dies hat z. B. Dochnahl erkannt, wenn er in einem Beispiel, in dem sich ein Unternehmer zur Anfertigung einer Marmorbüste von dem Großvater des Bestellers verpflichtet, folgendes ausführt: „Die Vernichtung des Werkes — und sei die Bearbeitung noch so weit fortgeschritten oder gar vollendet — macht die Ausführung des Werkvertrages nicht unmöglich. Zwar wird das Werk nach der Vollendung und vielleicht auch geraume Zeit vorher an sich als species anzusehen sein, für den Vertrag bleibt es ersetzbar. Das untergegangene Werk bildete ja nicht das Objekt des Vertrages, es stand bis zur Ablieferung im Belieben des Künstlers, ob er dem Besteller gerade dieses Werk zum Zwecke der Vertragserfüllung geben oder dessen Onkel verkaufen und ihm ein neues anfertigen wollte."[23])

Obgleich es Dochnahl ängstlich vermeidet, das Gattungsmoment dieses Schuldverhältnisses, das in Bezug auf den Stoff besteht, ausdrücklich hervorzuheben, ist es doch offensichtlich, daß er daran dachte, zumal ja der von ihm festgestellte Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes auch derjenige ist, den wir als den der Konzentration gekennzeichnet haben. Wie wir bereits hervorgehoben haben, ist nämlich der Unternehmer bei dieser Art von Verträgen verpflichtet,

1. das Werk vertragsgemäß herzustellen,
2. es zu übergeben und dem Besteller das Eigentum daran zu verschaffen.

Daraus folgt nun aber, daß nach den allgemeinen Grundsätzen die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf einen bestimmten Leistungsgegenstand immer erst dann eintreten kann, wenn der Schuldner allen seinen diesbezüglichen Verpflichtungen nachgekommen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Unternehmer also jederzeit noch in der Lage, das bereits vollendete Werk als eine ihm gehörige Fertigware an einen anderen als den Besteller weiterzuveräußern und für diesen dann einen neuen, den Vertragsabreden gleichfalls entsprechenden Leistungsgegenstand herzustellen.

Verträge behandelt werden sollen, die sich nach Werkvertragsvorschriften bestimmen, so müssen die Werklieferungsverträge über „vertretbare Sachen" hier ausscheiden.

Was nun, abgesehen von der soeben getroffenen Feststellung, die Wiederherstellungspflicht in diesen Fällen anbetrifft, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß auch hier lediglich Gattungsschulden zu erbringen sind. Infolgedessen sind die für „Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen" auf S. 48 ff. der Arbeit gemachten Ausführungen hier entsprechend anzuwenden. Der Unternehmer ist daher bis zu dem auf S. 49 angegebenen Zeitpunkt verpflichtet, eine neue Leistung herzustellen.

23) Dochnahl, S. 245.

Aus diesen Erwägungen heraus kann somit die Inangriffnahme der Herstellung eines solchen Werkes keineswegs die Konkretisierung des Schuldverhältnisses im Sinne des § 243 II BGB mit sich bringen.

Aber auch der Ansicht von Wüstendörfer können wir uns insoweit nicht anschließen. Zwar ist es richtig, daß zunächst entgegen der von Kottmeier aufgestellten Behauptung in dem obigen Beispiel zunächst eine reine Gattungsschuld vorhanden ist. Hätte Wüstendörfer diesen Gedanken nun folgerichtig durchgeführt, dann wäre auch er zu dem Ergebnis gekommen, daß erst vom Augenblick des Wegfalles sämtlicher Gattungselemente an der Unternehmer nicht mehr verpflichtet wäre, bei einer dann noch eintretenden zufälligen Vernichtung ein neues Werk herzustellen. Zu diesem Ergebnis kann sich aber dieser Schriftsteller nicht durchringen. Billigkeitserwägungen sind es vor allem, die ihn die Konstruktion der „hinkenden Speziesschulden" aufstellen lassen. Nur mit ihrer Hilfe vermag er die von ihm so genannte Ersatzwerkgefahr bereits in einem früheren als dem vorerwähnten Zeitpunkt von dem Unternehmer auf den Besteller übergehen zu lassen. Zu diesem Zwecke greift er ganz willkürlich den Zeitpunkt des Stapellaufes auf, um von diesem Augenblick an unter Zuhilfenahme einer Vertragsauslegung den Unternehmer von der Wiederherstellungspflicht nach § 275 BGB zu befreien.

Diese Art der Lösung ist jedoch nicht billigenswert. Das eigene Beispiel von Wüstendörfer zeigt mit Deutlichkeit, welche Unerträglichkeiten die Durchführung seiner Lehrmeinung für die Praxis mit sich bringen würde. Während nämlich nach dem oben Ausgeführten die Ersatzwerkgefahr hinsichtlich des äußeren Baues des Schiffes bereits im Zeitpunkt des Stapellaufes von dem Unternehmer auf den Besteller übergeht, soll dies dagegen für den inneren Ausbau des in Auftrag gegebenen Schiffes — z. B. für den Kajütenbau — in diesem Zeitpunkt noch nicht der Fall sein. Zwangsläufig müßte daher das einheitliche Werk in Einzelteilwerkleistungen zerlegt werden, um so feststellen zu können, ob bei dem zufällig Untergangenen noch das rein Gattungsmäßige oder bereits die Elemente der Speziesleistung überwiegend waren. Abgesehen davon, daß diese nachträgliche Zerlegung des Gesamtwerkerfolges in Einzelteile mit dem Wesen des Werkvertrages unvereinbar ist, würde damit auch eine sehr große Rechtsunsicherheit entstehen, weil für einen Teil der Leistung bereits der Stapellauf, für den anderen dagegen der gewöhnliche Konzentrationszeitpunkt des § 243 II BGB für den Uebergang der Ersatzwerkgefahr maßgebend sein soll. Infolgedessen können

wir uns auch dieser Konstruktion von Wüstendörfer nicht anschließen. Vielmehr kommen wir zu dem **Ergebnis,** daß bei den Werklieferungsverträgen über eine nicht vertretbare Sache infolge der in Bezug auf den Stoff vorhandenen Gattungsmomente, des Schuldverhältnisses regelmäßig bis zu dem sehr spät liegenden Zeitpunkt des Erfüllungsangebotes die Wiederherstellungspflicht zu bejahen ist.

β) Nach dieser Feststellung bleibt nunmehr noch die Frage zu klären, in welchem Zeitpunkte bei den eigentlichen Werkverträgen die Konkretisierung des Schuldverhältnisses auf eine ganz bestimmte Leistung erfolgt. Da bei diesen Verträgen der Besteller regelmäßig den zu bearbeitenden Werkstoff dem Unternehmer zur Verfügung stellen muß, ist zu prüfen, ob nicht dadurch bereits die vorerwähnte Festlegung der schuldnerischen Verpflichtung auf einen bestimmten Leistungsgegenstand eingetreten ist. Diese Frage ist zu bejahen. Hat nämlich jemand beispielsweise seinen Mantel zu einem Schneider mit dem Auftrage gebracht, an demselben die durchgestoßenen Aermel wieder auszubessern, so ist es offensichtlich, daß mit dem zufälligen Untergang des betreffenden Kleidungsstückes gleichzeitig eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird, weil ja hier von Anfang an nur eine ganz bestimmte Sache den Gegenstand der vertraglichen Abmachungen bildete.

Wie steht es nun aber in dem Fall, in dem der Besteller dem Unternehmer den Stoff zur Anfertigung eines n e u e n Werkes liefert? Von welchem Zeitpunkt an können wir bei dieser Sachlage von einer Speziesleistung reden? Wir haben davon auszugehen, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages vereinbaren, der Unternehmer solle aus dem vom Besteller zu liefernden bzw. bereits gelieferten Stoffe ein ganz bestimmtes Werk anfertigen. Schon zu diesem Zeitpunkt sind daher die Vertragschließenden darüber einig, daß diese ganz genau bestimmte Leistung den Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung ausmachen soll. Anders ausgedrückt: die Parteien wollen nicht die Anfertigung irgendeines Werkes aus einem ganz beliebigen Stoffe, sie wollen vielmehr gerade die Verarbeitung des zur Verfügung gestellten Materials. Dies erhellt schon daraus, daß der Besteller hier im Gegensatz zu dem Unternehmer bei den Werklieferungsverträgen nur sehr selten über Stoffvorräte verfügt. In den allermeisten Fällen schafft er sich vielmehr diesen zur Verfügung zu stellenden Stoff erst kurz vor Abschluß des Werkvertrages an, es liegt ihm also in diesem letzten Vertrage nur an einer Bearbeitung dieses ganz bestimmten Stoffes (z. B. kauft jemand Tuch zur Herstellung eines Sommeranzuges).

Dies ist einer der Hauptunterschiede zum vorerwähnten Werklieferungsvertrag. Bei letzterem kommt es nämlich den Vertragschließenden allein darauf an, daß der Unternehmer aus einem meist zwar näher gekennzeichneten, aber bei Abschluß des Vertrages noch nicht endgültig feststehenden Material den in Aussicht genommenen Leistungsgegenstand anfertigt. Infolgedessen ist dieser Unternehmer jederzeit noch in der Lage, selbst das bereits vollendete, den Vertragsabreden entsprechende Werk anderweitig zu verwerten, für den Besteller indessen einen neuen Leistungsgegenstand herzustellen. Dies umso mehr, als er in diesem Falle kein entgegenstehendes Eigentumsrecht zu beachten hat. Der Unternehmer ist hier ja der Eigentümer des Werkstoffes, dieses Eigentum verliert er auch nicht durch eine entsprechende Verarbeitung. Letzteres ist auch der Grund, daß er bei den Werklieferungsverträgen vepflichtet ist, bei der Abnahme des Werkes gleichzeitig das Eigentum daran auf den Besteller zu übertragen.

Wie anders ist dagegen die Sachlage beim Werkvertrage! In diesen Fällen ist der Besteller der Eigentümer des dem Unternehmer zur Verarbeitung übergebenen bestimmten Stoffes. An diesen Eigentumsverhältnissen ändert auch nichts die Herstellung einer neuen Sache. Zwar spricht die in § 950 BGB enthaltene Regelung zunächst für die gegenteilige Auffassung, da der Verarbeiter eines Stoffes, — wenn das Material nicht von erheblich höherem Wert als die Arbeit ist, — grundsätzlich Eigentümer der neuen Sache wird. Jedoch ist es anerkannten Rechtes, daß hier gerade ganz ohne Rücksicht auf den Wert der Arbeit die neu hergestellte Sache alsbald in das Eigentum des Bestellers übergeht. Infolgedessen erübrigt sich jede weitere besondere Eigentumsübertragung. Andererseits ist der Unternehmer gezwungen, dieses neu entstandene Eigentumsrecht des Bestellers entsprechend zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu den vorgenannten Werklieferungsverträgen ist er daher hier niemals in der Lage, den angefertigten Leistungsgegenstand ohne Verletzung fremden Eigentumsrechtes an einen andern zu veräußern.

Aus alledem ist deutlich zu erkennen, welche entscheidende Rolle der vom Besteller gelieferte Stoff für den gesamten Werkvertrag spielt. Um diesen allein konzentriert sich das ganze Schuldverhältnis. Geht infolgedessen der einmal zur Verfügung gestellte Werkstoff durch Zufall unter, dann wird damit der Unternehmer gleichzeitig außerstande gesetzt, die vereinbarte Leistung zu erbringen. Es tritt also m. a. W. mit der Vernichtung des in Frage stehenden Materials eine Unmöglichkeit der Leistung ein. Unternehmer wie auch Besteller werden auf diese Weise gemäß §§ 275, 323 BGB von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit. Insbesondere ist also

der Besteller keineswegs verpflichtet, einen neuen Werkstoff dem Unternehmer zur abermaligen Herstellung des vereinbarten Werkes zur Verfügung zu stellen, und dem entspricht es, daß auch der Unternehmer die Neuherstellung ablehnen kann, wenn der Besteller einen neuen Werkstoff stellen will.

Die Rechtswissenschaft hat sich gerade mit dieser letzten Frage nur wenig beschäftigt. Wohl als einziger hat Oertmann — im Gegensatz zu den hier gemachten Ausführungen — eine diesbezügliche Verpflichtung des Bestellers herausgearbeitet, wenn er schreibt: „Eine andere Frage, ob der Besteller genötigt ist, dem Unternehmer das erforderliche Material — wenn möglich — neuerdings zu stellen. Man wird dies an sich bejahen müssen, bei Nichtstellung aber den Unternehmer sinngemäß auf die Ansprüche aus § 645 BGB beschränken."[24])

Eine Begründung dieses Ergebnisses bleibt uns aber Oertmann schuldig. Infolgedessen sind diese Ausführungen nicht geeignet, die hier vertretene Ansicht zu widerlegen. Im übrigen muß auch in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Hinweis dieses Schriftstellers auf § 645 BGB überhaupt nicht paßt, weil dort ja, wie wir bereits oben auseinandergesetzt haben, — ganz andere Fälle behandelt werden.[25])

Nachdem wir dies festgestellt haben, wollen wir noch einmal zu den Ausführungen von Vogels Stellung nehmen. Wie wir bereits dargetan haben, ist dieser Schriftsteller der Ansicht, daß mit der Inangriffnahme des herzustellenden Werkes eine Konzentration des Schuldverhältnisses auf diesen nunmehr in Arbeit befindlichen Leistungsgegenstand eingetreten ist. Jedoch muß dieser Zeitpunkt, indem die Konkretisierung des Schuldverhältnisses eintritt, noch vorverlegt werden. Würde man nämlich der Meinung von Vogels folgen, dann käme man zu dem Ergebnis, daß bei dem zufälligen Untergang des gelieferten Stoffes v o r der Inangriffnahme der Arbeit der Unternehmer jederzeit eine nochmalige Lieferung eines neuen Werkstoffes verlangen könnte, weil dann wegen noch nicht eingetretener Konzentration § 275 BGB keine Anwendung finden könnte. Dies wäre aber nach den bisherigen Ausführungen ein ganz unbilliges Ergebnis! Da nämlich die schuldnerische Leistungsverpflichtung bereist im Zeitpunkt des V e r t r a g s a b s c h l u s s e s auf eine indivi-

24) Vgl. dazu Komm. S. 993.

25) Oertmann will wohl mit diesem Hinweis nur zum Ausdruck bringen, daß der Besteller im Falle der Weigerung in Annahmeverzug gerät, insoweit aber sich die Rechte des Unternehmers nicht aus § 644 I 2 BGB, sondern § 645 BGB ergeben. Wir haben uns oben S. 22 f. d. Arb. (Dochnahl) mit dieser Auffassung auseinandergesetzt.

duell bestimmte Leistung errichtet ist, liegt schon in diesem Augenblick eine Speziesleistung vor, so daß es gleichgültig ist, ob das zufällige Ereignis vor oder nach der Inangriffnahme der Arbeit das zur Verfügung gestellte Material vernichtet.

Zusammenfassend kommen wir damit zu dem Ergebnis, daß bei den eigentlichen Werkverträgen eine Wiederherstellungspflicht grundsätzlich zu verneinen ist, während bei den nach Werkvertragsvorschriften zu behandelnden Werklieferungsverträgen[26]) bis zum erfolgten Erfüllungsangebot des vertragsmäßig hergestellten Leistungsgegenstandes eine derartige Wiederherstellungspflicht grundsätzlich zu bejahen ist.[27])

c) Nunmehr bleibt noch zu erörtern, ob das oben gefundene Ergebnis mit dem vielfach herangezogenen Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte in Einklang zu bringen ist. Insbesondere muß in diesem Zusammenhang noch dazu Stellung genommen werden, ob die Neuherstellungspflicht des Unternehmers ausdrücklich auf die Fälle zu beschränken ist, in denen sie dem Unternehmer wirtschaftlich und technisch zugemutet werden kann.[28])

Wie die Rechtslehre fast übereinstimmend annimmt, gibt es zahlreiche Schuldverhältnisse, in denen die schuldnerische Verpflichtung zwar vom physischen und logischen Standpunkt aus gesehen durchaus noch möglich erscheint, die Erfüllung aber dem Schuldner ganz unverhältnismäßige Schwierigkeiten bereiten würde. Da nun solche Leistungen bei einer vernünftigen und wirtschaftlichen Betrachtungs-

---

26) Vgl. Anm. 22 dieses Kapitels.

27) Diese Lösung gilt auch bezüglich der Fälle, in denen durch das zufällige Ereignis keine vollständige Zerstörung, sondern nur eine Beschädigung des Leistungsgegenstandes herbeigeführt worden ist.

Ist die Ausbesserung noch möglich, dann gilt § 633 II BGB, wonach der Unternehmer grundsätzlich alle Mängel — also auch die durch Zufall zur Entstehung gekommenen — beseitigen muß. Der Unternehmer kann dies nach § 633 II 2 BGB nur dann verweigern, wenn die Beseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

Ist aber die Ausbesserung des Leistungsgegenstandes nicht möglich, (z. B. der Kopf einer Statue ist durch Zufall abgebrochen), dann wird der Unternehmer infolge dieses Ereignisses außerstandegesetzt, mit diesem Leistungsgegenstand den Vertrag zu erfüllen. Ob er nun verpflichtet bzw. berechtigt ist, einen neuen Leistungsgegenstand anzufertigen, hängt wiederum von der Natur des betreffenden Vertrages ab. Handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache, dann ist dies zu bejahen, bei einem reinen Werkvertrag ist dies indessen ablehnend zu beantworten.

Für den übrigbleibenden Teil der Werkleistung — soweit dieser für den Besteller von Wert ist — kann der Unternehmer nur dann eine teilweise Entschädigung verlangen, wenn die nochmalige Herstellung des Werkes unmöglich ist, weil ja andernfalls der Besteller gezwungen würde, sowohl das Teilwerk wie auch das später hergestellte vollendete Werk entsprechend zu vergüten. Dies würde aber dem Vertrage zuwiderlaufen.

weise dem Leistungsverpflichteten nicht zugemutet werden können, gibt man ihm dann die Möglichkeit, mit Hilfe der Ausübung eines einseitigen Rücktrittfrechtes von dieser ihm lästigen und unbilligen Verpflichtung loszukommen (überobligationsmäßige Schwierigkeit).[29])

Ist dies aber der Fall, dann besteht bei Vorliegen der vorerwähnten Voraussetzungen auch für den Unternehmer jederzeit die Möglichkeit, seiner Verpflichtung auf Neuherstellung des Werkes durch eine entsprechende Erklärung ein Ende zu bereiten. Hierdurch wird der ganze Vertrag beseitigt. Somit kann also der Besteller auf Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung nicht bestehen. Diese Erkenntnis ist für die oben angeschnittene Frage von ausschlaggebender Bedeutung. Wenn wir nämlich bereits mit Hilfe der überobligationsmäßigen Schwierigkeit zu einem den Anforderungen des täglichen Lebens entsprechenden billigen Ergebnis kommen, dann ist es nicht mehr notwendig, dieses Billigkeitsmoment hier noch einmal besonders hervorzuheben. Infolgedessen ist der Unternehmer auch ohne einen ausdrücklichen Hinweis in den Fällen eines Werklieferungsvertrages über eine nicht vertretbare Sache berechtigt, die Wiederherstellung dann zu verweigern, wenn sie ihm technisch und wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann.

Notwendig ist aber hierbei, daß die Voraussetzungen einer derartigen überobligationsmäßigen Schwierigkeit auch tatsächlich gegeben sind. Zur „Vermeidung einer Erweichung des gesamten Schuldrechtes" ist es insbesondere erforderlich, daß der Unternehmer gewisse Schwierigkeiten und Unannehmlichkeiten, die die Neuherstellung eines Werkes gewöhnlich mit sich bringt, mit in Kauf nimmt. Aus diesem Grunde kann er sich regelmäßig auf eine solche unüberwindliche Schwierigkeit dann nicht berufen, wenn es ihm infolge der nochmaligen Ausführung des verabredeten Werkes nicht möglich ist, andere — vielleicht sogar noch bedeutend günstigere — Werklieferungsverträge mit anderen Bestellern abzuschließen. Das gleiche gilt auch für die Fälle, in denen der Unternehmer z. B. durch Ansteigen der Materialpreise außerstandegesetzt wird, den beabsichtigten Gewinnn zu erzielen.

Stellt sich dagegen heraus, daß eine solche Neuherstellung den arbeitenden Unternehmer nicht nur um jeden Verdienst bringen würde, sondern ihm darüber hinaus noch erheblichen Verlust bereiten würde, dann wird man jedoch von einer derartigen unüberwind-

28) so insbes. Enneccerus-Lehmann, Oertmann, Korintenberg, aber auch Planck und Staudinger, a. a. O.

29) Vgl. dazu Oertmann, Enneccerus-Lehmann, S. 116 ff.; Planck, S. 210; dazu auch RGZ 104, 332; 107, 126 ff.

lichen Schwierigkeit sprechen können. Wo hier die Grenze liegt, kann selbstverständlich nur bei gerechter und verständiger Würdigung aller Begleitumstände entschieden werden.

Keineswegs wird man es aber hier allein darauf abstellen können, welchen Wert der zu erbringende Leistungsgegenstand besitzt. Eine solche Unterscheidung scheint nämlich z. B. Wüstendörfer im Auge zu haben. Ich erinnere hierbei nochmals an das oben wiedergegebene Beispiel, in dem vor der Abnahme einmal das gesamte Schiff durch Auflaufen auf eine Treibmine zerstört wird, in anderen Fällen dagegen nur die dort eingebaute Kajüteneinrichtung durch Feuersbrunst vernichtet wird. Nach der von diesem Schriftsteller vorgeschlagenen Lösung sollte nämlich der betreffende Unternehmer zwar verpflichtet sein, die in Frage stehende Inneneinrichtung des Schiffes noch einmal herzustellen, während er andererseits von dem sehr früh liegenden Zeitpunkt des Stapellaufes an von einer nochmaligen Herstellung des Schiffes befreit sein sollte. Dieses Ergebnis entspricht aber nicht dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes, zumal hierbei der Großunternehmer anders behandelt würde wie der kleine Handwerker!

Selbstverständlich ist nicht zu verkennen, daß der tatsächliche Schaden, den der Unternehmer durch den Eintritt des zufälligen Ereignisses erleidet, sich allein nach dem Wert des in Mitleidenschaft gezogenen Leistungsgegenstandes richtet. Handelt es sich hierbei z. B. um ein großes Kunstwerk, das kurz vor der Vollendung stand, so ist der vermögensrechtliche Nachteil des Unternehmers hier sehr groß, da er für die bis dahin geleistete Arbeit keinerlei Vergütung verlangen kann. Dies ist aber lediglich eine Folge des eigenartigen Wesens des Werkvertrages, ergibt sich insbesondere aus dem bereits hervorgehobenen § 644 BGB[30])! Wenn sich der Unternehmer vor d i e s e m Schaden bewahren will, mag er — wie Kottmeier mit Recht vorschlägt — gerade bei derartigen Wertobjekten besondere Versicherungen abschließen und die ihm hierdurch entstehenden Mehrkosten in den Gesamtpreis mit einkalkulieren.[31])

Ganz anders verhält es sich dagegen bei der Herstellung eines Ersatzwerkes, weil ja der Unternehmer hierfür die vertraglich vereinbarte Vergütung erhält. Da nun regelmäßig in diesem Entgelt ein gewisser Verdienst enthalten ist, so ist es für den Unternehmer meist von nicht zu verkennendem Vorteil, wenn ihm auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, wenigstens einen Teil des ihm durch die Vernichtung des ersten Leistungsgegenstandes entstandenen

30) Dies sind ja die Nachteile der Gefahr im nichttechnischen Sinne!
31) so Kottmeier, Sp. 411; dazu Stern, S. 134.

Schadens dadurch wieder einzubekommen, daß er ihn mit dem durch die Herstellung des Ersatzwerkes zu erzielenden Gewinn verrechnet. Dies ganz besonders in der heutigen Zeit, in der der Arbeitsmarkt wenigstens zum Teil noch nicht so angespannt ist, daß der Unternehmer alsbald wieder einen Auftrag einbekommt. Würden also durch die zufällige Vernichtung des ersten Werkes auch bei den Werklieferungsverträgen die vertraglichen Verpflichtungen erlöschen, so würde ihm auch noch dieser vorerwähnte Vorteil entgehen. Dies wäre aber eine große Härte für jeden Unternehmer- Wenn man daher das Ganze von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, dann entdeckt man plötzlich, daß die vielfach so verrufene Wiederherstellungspflicht des Unternehmers für diesen in den allermeisten Fällen letzten Endes noch von wirtschaftlichem Vorteil ist.

Aus diesem vorerwähnten Gedanken heraus ist es verständlich, daß etliche Schriftsteller[32]) dem Unternehmer ausdrücklich ein derartiges Recht auf Wiederherstellung einräumen. Dies ist aber, — soweit eine diesbezügliche Pflicht auf Ersatzwerkherstellung zu bejahen ist, — nach den hier gemachten Ausführungen völlig überflüssig. Hat nämlich der Unternehmer infolge des Unterganges des ersten Werkes nochmals zu leisten, dann kann ihn hieran auch nicht der Besteller hindern, weil dieser ja gerade bei den Werklieferungsverträgen, wie wir oben auseinandergesetzt haben, immer nur an dem zu erbringenden Arbeitserfolg selbst Interesse hat. Dies um so weniger, als regelmäßig der Besteller von der zufälligen Vernichtung des zunächst in Aussicht genommenen ersten Leistungsgegenstandes überhaupt nichts erfahren wird, da er bei diesen Verträgen nur selten in irgendeiner Weise an der Erreichung des vereinbarten Werkes mitzuwirken hat. Ist dies aber ausnahmsweise mal vorgesehen, so ist der Besteller auch insoweit verpflichtet, seinerseits noch einmal die erforderliche Mitarbeit zu leisten. Tut er dies nicht, dann ist er genau so zu behandeln, als wenn er seinen diesbezüglichen Verpflichtungen niemals nachgekommen wäre.

d) Abschließend wollen wir noch erörtern, ob das hier erzielte Ergebnis insbesondere hinsichtlich der Ablehnung der Wiederherstellungspflicht bei den Werkverträgen von der oben erwähnten Rechtslehre widerlegt werden kann.

α) Was zunächst die Schriftsteller der zweiten Gruppe anbetrifft, so werden vor allem Staudinger und Planck[33]) die hier gegebene Lösung schon deshalb nicht angreifen können, weil auch wir hier von dem Willen der Parteien ausgegangen sind, indem wir ja

32) Korintenberg, Oertmann, Dochnahl, a. a. O.
33) Vgl. S. 43 ff. der Arbeit.

angenommen haben, daß sich die Parteien gleich bei Abschluß des Vertrages darüber einig sind, daß gerade der von dem Besteller zu liefernde bzw. gelieferte Werkstoff die in Aussicht genommene Be- bzw. Verarbeitung erfahren soll. Eine andere Auslegung des Parteiwillens ist, — wie wir oben gezeigt haben, — ausgeschlossen. Infolgedessen sind die von den vorgenannten Schriftstellern dargelegten Ausführungen nicht geeignet, die hier vorgeschlagene Lösung zu widerlegen. Schließlich mag auch darauf hingewiesen werden, daß die von ihnen gewählten Beispiele, in denen eine Wiederherstellungspflicht bejaht wird, aus solchen vertraglichen Vereinbarungen herrühren, bei denen die Natur eines Werklieferungsvertrages über eine nicht vertretbare Sache außer Zweifel steht.[34])

β) Wie steht es nun aber mit den vorerwähnten Schriftstellern, die dem Unternehmer grundsätzlich eine im Rahmen der zumutbaren Möglichkeit bestehende Wiederherstellungspflicht auferlegen wollen?

Mit Recht gehen diese Rechtslehrer bei ihren Erörterungen davon aus, daß der Unternehmer regelmäßig ein Arbeitsresultat verspricht und von dieser Verpflichtung nur durch Erfüllung oder Unmöglichkeit befreit wird. Jedoch übersieht hier vor allem Korintenberg, daß die eigentlichen Werkverträge von Natur aus Speziesleistungen sind, was zur Folge hat, daß bei der zufälligen Vernichtung des in Frage stehenden Werkes niemals von einem bloßen „Erfüllungsversuch" gesprochen werden kann! Korintenberg sagt wörtlich[35]): „Ein vor der Konzentration durch Zufall untergegangenes Werk stellt ebenso wie ein mangelhaftes Werk nur einen Erfüllungsversuch des Unternehmers dar. Solange die Erreichung des vollen Vertragszieles, der Herstellung des versprochenen Werkes, dem Unternehmer im Rahmen des Zumutbaren noch möglich bleibt, besteht seine Vertragspflicht im vollen Umfange bei Spezies- und Gattungswerkleistungen fort." An anderer Stelle spricht er weiter davon, daß die „ursprüngliche Herstellungspflicht des Unternehmers . . . auch hier bis zur Konzentration solange bestehen bleibt . . . Und zwar sowohl bei Spezies- wie bei Gattungswerkleistungen . . ." In der diesbezüglichen Anmerkung wird noch folgendes vorgetragen: „Die gegnerische Ansicht will auch hier die Wiederherstellung nur zulassen, soweit die Wiederherstellung die Gattungswerkleistungen bzw. den gattungsmäßigen Einschlag von Speziesleistungen betrifft."[36])

34) so z. B. Wüstendörfer und Kottmeier, a. a. O.
35) Korintenberg, S. 139; dazu auch S. 144.
36) Korintenberg, S. 140 Anm. 112.

Neu und einzig dastehend ist die von diesem Rechtslehrer aufgestellte Behauptung, daß bei Speziesleistungen eine Konzentration des Schuldverhältnisses rechtlich überhaupt denkbar ist. Wie wir bereits an früher Stelle auseinandergesetzt haben, ist doch eine derartige Konkretisierung lediglich bei Gattungsschulden möglich, weil hierdurch erreicht werden soll, daß die bis dahin bestehende gattungsmäßige Verpflichtung des Schuldners auf einen ganz bestimmten Leistungsgegenstand festgelegt wird. Dieses Ergebnis erzielen aber die Parteien schon dadurch, daß sie die schuldnerische Verpflichtung gleich bei Vertragsbeginn auf einen bestimmten Leistungsgegenstand konzentrieren. Was in diesen Fällen nun noch eine spätere „Konzentration" des Schuldverhältnisses für Folgen haben soll, ist nicht ersichtlich.

Außerdem scheint auch Korintenberg die Bedeutung des § 275 BGB zu verkennen. Geht nämlich eine Speziesleistung durch Zufall unter, dann ist die Erfüllung d i e s e r Leistung unmöglich geworden, kein Schuldner ist bei einer derartigen Sachlage jemals imstande, vereinbarungsgemäß zu erfüllen.

Wenn Oertmann und Enneccerus-Lehmann sich gleichfalls zur grundsätzlichen Wiederherstellungspflicht des Unternehmers bekennen, so lassen auch diese beiden Schriftsteller außer acht, daß der Werkvertrag — im Falle der Konzentration der Leistung — mit Untergang des betreffenden Leistungsgegenstandes gleichzeitig sein Ende findet.[37])

Was schließlich die Ansicht von Dochnahl anbetrifft, der die unbedingte Wiederherstellungspflicht allein aus dem Wesen des Werkvertrages entnimmt, so ergibt sich nicht ohne weitere aus seinen diesbezüglichen Erörterungen, ob er hierbei auch an die Fälle des eigentlichen Werkvertrages gedacht hat. Auffällig ist indessen, daß das von ihm in diesem Zusammenhang angeführte Beispiel auch einen Werklieferungsvertrag zum Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung hat. Es liegt daher die Vermutung nahe, daß auch dieser Schriftsteller bei der Bejahung der Wiederherstellungspflicht lediglich an die Fälle dieser Abart des eigentlichen Werkvertrages gedacht hat.

Damit kommen wir abschließend zu dem Ergebnis, daß auch die von den letzten Schriftstellern aufgezeichneten Gedanken nicht geeignet sind, die hier vertretene Ansicht zu Fall zu bringen.

---

37) Das Beispiel von Enneccerus-Lehmann, (Arzneiflasche) bezieht sich gleichfalls auf einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache.

Lebenslauf.

Am 3. April 1909 wurde ich als jüngster Sohn des Oberpostinspektors Robert Dinse und seiner Ehefrau Ella geb. Schröder zu Berlin geboren.

Ich besuchte dort das Luisenstädtische Realgymnasium, das ich Michaelis 1927 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte dann in Berlin und in Halle a. S. die Rechts- und Staatswissenschaften. Im Dezember 1932 legte ich meine erste juristische Staatsprüfung beim OLG Naumburg a. S. ab, im Juni 1937 bestand ich die mündliche Doktorprüfung an der Universität in Halle a. S.

Meine Lehrer waren die Professoren Dres.: Aubin, Bilfinger, Böhmer, Bruns, Glum, Hein, Herkner, Heymann, Hoetzsch, Joerges, Kahl, Kipp, Klässel, Klee, Kohlrausch, Hangheineken, Leubuscher, Popitz, Rauers, Ruth, Schlegelberger, Schmaltz, R. Schmidt, Strauch, Stutz Titze, Triepel.

Herrn Professor Dr. R. Schmidt, der mir bei der Auswahl des Themas und bei dessen weiteren Bearbeitung mit Rat zur Seite gestanden hat, sei an dieser Stelle nochmals mein bester Dank ausgesprochen.

Günther Dinse, Gerichtsreferendar.